

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

PIETRO VON BOROWSKI

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMO E DA TRANSFOBIA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA LEI DE RACISMO E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

PIETRO VON BOROWSKI

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMO E DA TRANSFOBIA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA LEI DE RACISMO E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Bianca Tams Diehl

Santa Rosa
2021

PIETRO VON BOROWSKI

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMO E DA TRANSFOBIA PELO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA LEI DE RACISMO E DO ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Bianca Tams Diehl

Bianca Tams Diehl (Jul 11, 2021 23:08 ADT)

Prof.^a Dra. Bianca Tams Diehl – Orientadora

Cláudio

Cláudio Rogério Sousa Lira (Jul 12, 2021 10:24 ADT)

Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

Raquel Sawitzki Callegaro

Raquel Sawitzki Callegaro (Jul 12, 2021 10:33 ADT)

Prof.^a Ms. Raquel Luciene Sawitzki Callegaro

Santa Rosa, 07 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico esta Monografia a minha família, que é meu suporte, minha fonte de confiança e fé. Com muito carinho, também dedico a minha orientadora, professora Bianca Tams Diehl, que me auxiliou na carreira acadêmica desde o início até a composição de cada detalhe do trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço meus pais, Dagmar von Borowski e Clair Fátima Z. von Borowski, pela dedicação em me acompanhar e zelar por minha educação e formação. Minha irmã, Mônica von Borowski, pelo companheirismo e amizade, dos quais sou muito grato.

Tenho especial carinho por todos os professores e profissionais da educação que, com certeza, são responsáveis pela minha admiração pela profissão e contribuíram imensamente para a pessoa que me tornei. Aos meus amigos mais próximos, agradeço as horas nas quais compartilhamos angústias e decepções, mas também as risadas e os sorrisos.

Ao grupo de pesquisa “Tutela Constitucional dos Direitos dos Vulneráveis”, devo os agradecimentos pela construção de toda a base de conteúdo e pela formação do meu particular interesse pela área de estudo. À professora Bianca Tams Diehl por ter me instigado à pesquisa, ao estudo e às indagações que culminaram na monografia.

Muito obrigado!

LGBT: Lady Gaga feat. Beyoncé - Telephone.

RESUMO

A presente monografia discorre acerca da criminalização da homo e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio do julgamento do Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26 e à luz da Constituição Federal de 1988, focaliza-se a partir da realidade social e jurídica brasileira, tendo em vista a violência contra minorias sexuais, considerando a sistemática legislativa e jurisprudencial da Lei de Racismo e do Estado de Coisas Inconstitucional. O problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: Existe amparo para os direitos e as garantias das minorias sexuais, a partir da inserção da homo e da transfobia baseada no conceito legal de racismo, no esboço oportunizado pelas decisões de Estado de Coisas Inconstitucional? Assim, o objetivo geral do estudo consiste em verificar a legitimidade da criminalização da homo e da transfobia para a garantia dos direitos fundamentais das minorias sexuais, com base na interpretação sistêmica das decisões da Suprema Corte, perante o direito em si, tomando como base a aplicação da Lei de Racismo da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional à luz Constituição Federal de 1988. Com relação à metodologia, a pesquisa tem natureza teórica e, quanto ao tratamento de dados, é qualitativa. Com relação aos objetivos propostos, tem-se que a pesquisa é explicativa, uma vez que tomando por base o material bibliográfico e documental coletado, explicar-se-ão os fenômenos atinentes à criminalização da homo e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal. A coleta de dados se dá, primazia, por meio da documentação indireta. Quanto aos dados bibliográficos, estes ocorrerão a partir de materiais atinentes aos processos e teorias constitucionais. Ademais, eventuais dados informativos serão colhidos dos meios oficiais de comunicação do governo ou organizações e entidades não-governamentais, cujo campo de atuação seja atinente à matéria e às informações pesquisadas. Para melhor expor o conteúdo, o trabalho é dividido em três capítulos: o primeiro destina-se à conceituação de grupos vulneráveis e minorias sociais, sua vinculação aos direitos fundamentais e a manifestação da violência; o segundo discorre sobre noções de direitos fundamentais com a aplicação do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, com especial enfoque à homo e à transfobia; e, por final, o último capítulo analisa-se a aplicação da Lei do Racismo e do Estado de Coisas Inconstitucional para a efetividade de direitos fundamentais das minorias sexuais. Dessa forma, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário por meio da consagração da homo e da transfobia como racismo pode se caracterizar medida inócua se não superados os bloqueios políticos e econômicos sobre os Poderes Legislativo e Executivo, viável por meio da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras-chave: Homofobia – Transfobia – Direitos Fundamentais – Racismo – Estado de Coisas Inconstitucional.

ABSTRACT

This monograph discusses the criminalization of homo and transphobia by the Supreme Court. Through the Writ of Injunction No. 4,733 and Direct Action of Unconstitutionality by Omission No. 26 and in the light of the Federal Constitution of 1988, it's focused from the Brazilian social and legal reality, in view of violence against sexual minorities, considering the legislative and jurisprudential system of the Racism Law and the Unconstitutional State of Affairs. The research problem rests on the following question: Is there support for the rights and guarantees of sexual minorities from the insertion of homo and transphobia based on the legal concept of racism in the opportunities offered by the decisions of the Unconstitutional State of Affairs? Thus, the general objective of this study is to verify the legitimacy of the criminalization of homo and transphobia for the guarantee of the fundamental rights of sexual minorities, based on the systemic interpretation of the Supreme Court decisions, before the law itself, based on the application of the Racism Law and the theory of the Unconstitutional State of Affairs before the Federal Constitution of 1988. In relation to the methodology, the research has a theoretical nature and, as far as the data processing is, is qualitative. With regard to the proposed objectives, it is found that the research is explanatory, since based on the bibliographic and documentary material collected, the phenomenals related to the criminalization of homo and transphobia by the Supreme Court will be explained. Data collection takes precedence through indirect documentation. As for bibliographic data, these will occur from materials related to constitutional processes and theories. In addition, any informative data will be collected from the official government media or from non-governmental organizations and entities, whose field of activity is related to the matter and the information researched. To better expose the content, the work is divided into three chapters: the first is intended for the conceptualization of vulnerable groups and social minorities, their link to fundamental rights and the manifestation of violence; the second discusses notions of fundamental rights with the application of the Writ of Injunction and Direct Action of Unconstitutionality by Omission, with a special focus on homo and transphobia; and finally, the last chapter analyzes the application of the Racism Law and the Unconstitutional State of Affairs for the effectiveness of fundamental rights of sexual minorities. Thus, it is concluded that the action of the Judiciary through the consecration of homo and transphobia as racism can be characterized innocuous measure if not overcome the political and economic blocks on the Legislative and Executive Powers, viable through the theory of the Unconstitutional State of Affairs.

Keywords: Homophobia – Transphobia – Fundamental Rights – Racism – Unconstitutional State of Affairs.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CCC – Corte Constitucional da Colômbia

CF – Constituição Federal de 1988

ECI – Estado de Coisas Inconstitucional

HC – *Habeas Corpus*

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

LGBTTTI – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros, Transexuais e Intersexuais

MI – Mandado de Injunção

ONG – Organização Não Governamental

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 INVISIBILIDADE SOCIAL E JURÍDICA DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS SOCIAIS.....	14
1.1 GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS SOCIAIS: SOBRE A IGUALDADE E A DIGNIDADE	14
1.2 A INVISIBILIDADE DE MINORIAS COMO MANUTENÇÃO DA VIOLÊNCIA ...	21
2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS.....	31
2.1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE LEGISLAR..	31
2.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: REMÉDIOS À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	37
3 O RACISMO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO PARÂMETROS À HOMO E À TRANSFOBIA.....	48
3.1 INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO RACISMO COMO EIXO JURÍDICO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS	48
3.2 O DESAFIO DA HOMO E DA TRANSFOBIA COMO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	57
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS.....	73

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a criminalização da homo e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio dos julgamentos do Mandado de Injunção (MI) n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26. A partir destas decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, em junho de 2019, focaliza-se, à luz da Constituição Federal de 1988, a questão da criminalização de tais condutas em face à realidade social e jurídica brasileira, sobretudo a violência perpetrada às minorias sexuais entre 2015 e 2019. Nesse sentido, utiliza-se como base a aplicação de conceitos ligados ao racismo e a viabilidade de tal temática ser potencializada pelo Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), teoria importada do Direito colombiano.

Tomando como norte os princípios e os direitos fundamentais, deve-se indagar acerca da extensão das decisões do Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26. Assim, o problema de pesquisa repousa no seguinte questionamento: Existe amparo para os direitos e as garantias das minorias sexuais, a partir da inserção da homo e da transfobia baseada no conceito legal de racismo, no esboço oportunizado pelas decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, oriundas da Corte Constitucional Colombiana (CCC)?

Assim, o objetivo geral do presente estudo consiste em verificar a legitimidade da criminalização da homo e da transfobia para a garantia dos direitos fundamentais das minorias sexuais, a partir da interpretação sistêmica das decisões do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção n.º 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, perante o direito em si, tomando como base a aplicação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional perante a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, far-se-á análise detida acerca do julgamento e de seus fundamentos, bem como dos institutos acima elencados, especificamente o racismo na lei brasileira e o Estado de Coisas Inconstitucional, tanto do modelo construído pela Corte Constitucional Colombiana quanto a tentativa de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

n.º 347. Nessa mesma esteira, tem-se como objetivos específicos, contributivos para o alcance do objetivo geral do trabalho.

A começar pela compreensão do que são grupos vulneráveis e minorias sociais, aplicando-lhes as características necessárias para situá-los no âmago dos direitos fundamentais, analisando a tratativa dos princípios da igualdade e da dignidade humana frente a invisibilidade social e jurídica destes grupos marginalizados.

Na sequência, analisar a aplicação dos remédios constitucionais do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em face da invisibilidade social e jurídica que (des)ampara minorias sexuais.

Ato contínuo, estudar e pesquisar sobre os conceitos e as aplicações inerentes à Lei do Racismo e da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional quando confrontadas com as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a criminalização da homo e da transfobia.

A pesquisa desenvolvida no presente trabalho tem natureza teórica, uma vez que seu objetivo geral é a verificação do espaço social e jurídico ocupado pelos grupos vulneráveis e pelas minorias sociais. Quanto aos fins, é qualitativa. Com relação aos objetivos propostos, tem-se que a pesquisa é explicativa, uma vez que tomando por base o material bibliográfico e documental coletado, explicar-se-ão os fenômenos atinentes à criminalização da homo e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal.

A coleta de dados se dá, primazia, por meio da documentação indireta, qual seja, a coleta de livros e artigos científicos atinentes à matéria constitucional, bem como a pesquisa de dados jurisprudenciais, sobretudo perante a Suprema Corte brasileira. Quanto aos dados bibliográficos, estes ocorrerão a partir de materiais atinentes aos processos e teorias constitucionais. Ademais, eventuais dados informativos serão colhidos dos meios oficiais de comunicação do governo ou perante organizações e entidades não-governamentais, cujo campo de atuação seja atinente à matéria e às informações pesquisadas.

Para a análise e interpretação dos dados, argumenta-se a partir de um método indutivo, voltado com base nas teses e teorias apresentadas para um caso geral, voltando-se em seguida a situações e esquemas em menor escala. Não se abre mão, porém, se necessário, da utilização de métodos comparativos e históricos, quando da análise de dados mapeadores, como a inclusão de gráficos e similares.

A pesquisa justifica-se pela importância da discussão em âmbito pessoal, mas também em nível social, quiçá mundial, diante da necessidade de debate do assunto envolvendo o combate à violência contra minorias sexuais. Individualmente, pelo fascínio da temática envolvendo grupos vulneráveis e minorias sociais, área que constantemente torna-se mais complexa por apresentar paralelos sociais que não são distinguidos com facilidade, sobretudo pelo sistema jurídico. Situações estas que se amplificam com o alcance das mídias e das redes sociais, o que, embora não seja foco da pesquisa, vale a menção.

Para o Direito em geral, o estudo é fundamental para que melhor se possam compreender os aspectos da inserção e do desenvolvimento de grupos marginalizados na sociedade e a atuação do Direito pelas minorias sexuais, especificadamente. Não apenas no tocante à presença destes indivíduos no seio comunitário, mas percebendo a desigualdade que lhes toca no alcance às políticas públicas e à participação plena e ativa como membros componentes da categoria de grupos humanos, o qual compõem.

Espera-se que o trabalho repercuta na instituição acadêmica e na sociedade em geral para que se busque a ampliação do conhecimento acerca da existência e da permanência de grupos vulneráveis e minorias sociais. Almeja-se, também, a conscientização dos leitores sobre a importância da plenitude de direitos e garantias que sejam conferidos a estes grupos da sociedade.

A fim de alcançar os objetivos com êxito e expor de forma clara e explicativa o seu conteúdo, a pesquisa é dividida em três capítulos: no primeiro, o objeto de estudo se debruça conceituação dos grupos vulneráveis e das minorias sociais e sua vinculação aos direitos e garantias fundamentais, encargo que compete à primeira seção, e a manifestação da violência, especificadamente contra minorias sexuais, em razão da invisibilidade social e jurídica, o que é objeto da segunda seção.

O segundo capítulo, por sua vez, é abordado em duas partes: na primeira, explanar-se-á acerca das limitações dos direitos fundamentais das minorias sexuais; na segunda, por sua vez, serão abordados os mecanismos judiciais e constitucionais que melhor socorrem à invisibilidade jurídica, expondo-se melhores delineações acerca do Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, bem como breve e sucinta descrição acerca de sua decisão.

No último capítulo, tomam-se duas bases que orientam as suas seções. A primeira destina-se a analisar a implicação da decisão do Supremo Tribunal Federal

quanto à vinculação das condutas homo e transdiscriminatórias à luz das definições constitucionais de racismo, tomando como eixo propulsor os princípios e as diretrizes da Constituição. A última seção, por sua vez, destina-se a explicar sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, seus pressupostos, possibilidades de aplicação, efeitos e adequação à sistemática processual constitucional brasileira, a fim de se inferir acerca da sua vinculação ao problema da homo e da transfobia no Brasil.

1 INVISIBILIDADE SOCIAL E JURÍDICA DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS SOCIAIS

O presente estudo divide-se em duas seções, as quais formam a base para a definição de minorias sociais e de violência contra vulneráveis. Para tanto, far-se-á, inicialmente, um breve recorte a respeito de grupos vulneráveis, com ênfase especial na terminologia dos conceitos. Em seguida, exprimir-se-á considerações acerca da violência destinada aos mesmos grupos objeto de reflexão, à luz dos direitos, das garantias e dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS: SOBRE A IGUALDADE E A DIGNIDADE

Inicialmente, de suma importância trazer ao bojo da pesquisa a conceituação conferida doutrinariamente aos termos grupos vulneráveis e minorias sociais, posto que não são, em verdade, sinônimos um do outro. Acerca do assunto, Dirceu Pereira Siqueira e Lorena Roberta Barbosa Castro, resumidamente, expõem a diferenciação básica entre ambos os grupos.

Aos grupos vulneráveis concebe-se como gênero, dos quais pertencem os indivíduos inseridos marginalmente na sociedade, que a compõem e a integram, mas com certo grau de rejeição em relação aos grupos dominantes da sociedade (SIQUEIRA; CASTRO, 2017).

Enquanto o grupo vulnerável como espécie (do gênero grupos vulneráveis), diz-se que são sujeitos passíveis de sofrer violação aos seus direitos que existem, mas que e cujos liames legais são reconhecidos.

Por outro lado, as minorias sociais (espécie do gênero grupos vulneráveis) são circunspectas pelos indivíduos, que marginalizados, não são plenamente consagrados pela sociedade, tampouco pelo Direito. Contudo, ao mesmo tempo, apresentam laços, tanto culturais quanto sociais ou até mesmo biológicos em comum, sendo que o movimento impulsionador de sua continuidade é a manutenção de tais características (SIQUEIRA; CASTRO, 2017).

Percebe-se, pois, que os grupos vulneráveis integram parcela muito mais ampla da sociedade e abarcam, basicamente, indivíduos, enquanto unicamente assim considerados, que estão expostos a uma situação de vulnerabilidade, mas sem o intento de se preservar em tal condição. Ou seja, dada a situação passageira de sua

vulnerabilidade de direito ou social, estes permanecem unicamente como indivíduos, sem o intento de se agregarem conjuntamente em esforço para lhe suprir a ineficácia dos direitos. Nesse sentido, Siqueira e Castro trazem como exemplos de grupos vulneráveis: consumidores, sindicatos e presos (SIQUEIRA; CASTRO, 2017).

A diferença para com as minorias, por sua vez, diz respeito à presença de um elemento de solidariedade de seus membros. Não apenas o único caractere distintivo, mas certamente o mais emblemático e elucidativo, diz respeito à solidariedade que tem o intuito de “[...] preservar suas características imanentes e buscar a manutenção se suas peculiaridades que os diferem dos demais.” (TREVIZAN; AMARAL, 2010, p. 6).

Conforme expõe Fábio Konder Comparato, a conceituação de minorias sociais, de acordo com a Comissão de Direitos Humanos da ONU, ocorre por meio de critérios tanto objetivos quanto subjetivos. Os primeiros são quatro e correspondem: à existência de grupos populacionais dentro do Estado com características étnicas, religiosas ou outras estáveis e nitidamente distintas dos demais segmentos; a não serem maioria da população¹; a não se encontram em situação de poder na sociedade; e, por último, que discriminadores e discriminados encontrem-se sob a tutela do mesmo Estado. Ao passo que o critério subjetivo para identificar uma minoria social é o desejo manifesto e inequívoco de preservar sua identidade cultural (COMPARATO, 2010).

A presença deste elemento da solidariedade, pois, embora não o único, revela-se o traço mais incisivo na diferenciação da espécie para com o gênero. Isto porque permite identificar com maior precisão quem são as minorias, posto que “[...] querem guardar o traço objeto da discriminação, uma vez que estes traços são formadores de identidade de cada minoria [...]” (SIQUEIRA; CASTRO, 2017, p. 114).

Neste sentido, observa-se que as minorias perseguem na sociedade o reconhecimento quanto à própria existência e, nesta esteira, a persecução dos direitos fundamentais que lhe garantam esta. Fala-se, pois, tecnicamente, no acesso à igualdade, enquanto contemplada em todas as suas três facetas.

¹ Tem-se crítica a esse requisito numérico elencado por Fábio Konder Comparato em atenção às disposições da ONU e que parece melhor atender tão somente às minorias étnicas: existem situações nas quais determinada minoria pode ser numericamente superior, como é o caso de mulheres e de negros no Brasil, e, embora assim seja, não se descaracterizam como minorias sociais, tendo em vista o histórico social e cultural de desigualdades.

O princípio da igualdade, no ordenamento jurídico contemporâneo, revela-se a partir de três dimensões que, embora complementares, suprem mais eficientemente um ou outro, a grupo vulnerável ou a minorias sociais. A primeira delas refere-se unicamente à imposição legal da igualdade dos cidadãos que se encontra insculpido pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, o qual prescreve que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988). Entretanto, mera disposição legal do diploma constitucional não garante efeitos, tanto em seara material quanto formal.

Barroso e Osório, por exemplo, percebem que apesar do princípio da igualdade formal encontrar-se insculpido com o advento da Constituição de 1824, nenhum ou muito pouco se fez acerca das restrições que a lei impunha a certos e determinados atos, uma vez que por longo período ainda perdurou o regime escravocrata em terras brasileiras (BARROSO; OSÓRIO, 2014).

Portanto, para mitigar tais vetores, vêm ao encontro as duas dimensões seguintes do princípio da igualdade: a igualdade material, ou como redistribuição, e a como reconhecimento. Neste sentido, inclusive, importante observar que, dentro da diferenciação de grupos vulneráveis e de minorias sociais, uma faceta do princípio da igualdade interessa mais a um deles e a outra ao segundo setor, embora ambas sejam importantes.

Explicando, a igualdade material aparece como ferramenta de correção de desigualdades perpetradas, existentes e reconhecidas dentro de um contexto social. É um poder/dever do Estado, consistente numa ação direta e incisiva sobre a realidade, materializada, por exemplo, na ação afirmativa de redistribuição de recursos, tanto econômicos quanto sociais, visando promover aquele grupo desfavorecido a uma posição de equidade para com aquele que domina o ambiente.

Obviamente, o acesso das minorias sociais às políticas públicas não é de menor importância que para com os grupos vulneráveis, uma vez que aquela se insere nesta. Todavia, tais políticas carecem de profunda efetividade se não estiverem amparadas por um processo de reconhecimento das diferenças que existem entre os grupos dominantes e àqueles marginalizados.

Igualmente, leciona Flávia Piovesan que “[...] é necessário repensar o valor da igualdade, a fim de que as especificidades e as diferenças sejam observadas e respeitadas. Somente mediante essa nova perspectiva é possível transitar-se da igualdade formal para a igualdade material ou substantiva.” (PIOVESAN, 2009, p.

185). Ou seja, à igualdade material é imprescindível também a observância das necessidades das pessoas às quais as ações se destinam a amparar, uma vez que em outro sentido, adotar-se-ia conduta negativa e supressora.

Por isto, a efetividade das políticas públicas está profundamente amparada na identificação do grupo destinatário e de seu respectivo objetivo primário. Neste sentido, infere-se que se a um grupo de vulneráveis procura-se atingir uma situação de equidade em relações regulares, mas temporárias e não permanentes, às minorias sociais, é necessário primeiramente que sejam angularizadas na relação social.

Isto porque, se a igualdade material possui como pressuposto valores econômicos e/ou patrimoniais, a dimensão do princípio da igualdade como reconhecimento atinge valores intangíveis, que dizem respeito à cultura e aos valores da sociedade. Posto que,

A injustiça a ser combatida nesse caso tem natureza cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os “outros” e produziram a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual, como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros. (BARROSO; OSÓRIO, 2014, p. 9).

Aqui se revela a necessidade da promoção das minorias sociais (dentre mulheres, homossexuais, transgêneros e transexuais, negros e outros) por meio de ações afirmativas do Estado que, além de alçar e promover a redistribuição econômica, a fim de alcançar a igualdade material, mantenha e proteja sua identidade e seus traços culturais, contendo-os dentro da óptica social contemporânea.

Ademais, não há como se olvidar que a proteção que o princípio da igualdade, dentro do contexto jurídico no qual se encontra inserido, é basilar à dignidade humana. Não apenas por fornecer formalmente mecanismos que coíbam a discriminação, mas também como forma de equiparação material e de ampliação do espaço de participação na sociedade dos grupos marginalizados.

A igualdade, como princípio basilar do Direito como um todo, não se encontra desamparada, entretanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em específico. Para Barroso, a igualdade integra os valores intrínsecos de um conceito mínimo da dignidade humana, apoiada a partir dos atributos comunitários que impõem limitações aos valores autônomos dos indivíduos (BARROSO, 2014).

A dignidade humana, pois, refere-se aos valores que cada indivíduo possui enquanto ser humano. Inicialmente os intrínsecos, aqueles que se apresentam pela própria condição de ser humano, de ser pessoa. Dizem respeito, sobremaneira, à vida e à igualdade. Esta última, pois, concebida tanto perante a lei quanto perante a realidade fática, ou seja, formal e materialmente falando, mas também na concepção da existência de culturas e de sistemas diametralmente diferentes entre si, representando o direito à diversidade e à identidade. Daí, inclusive, resultaria na impossibilidade de estabelecimento de um critério universal e imutável para a concepção mundial do que seria a dignidade humana para todas as pessoas do planeta.

A autonomia, por sua vez, pode ser compreendida como o princípio da liberdade, enquanto concebida a partir da possibilidade de escolha e autodeterminação do indivíduo. De acordo com Bjarne Melkevik, é a recusa da autonomia que configura a vulnerabilidade dos indivíduos em um de seus aspectos e a impossibilidade de manter a identidade própria e distinta em razão da heteronomia. Esta entendida como as ideias e as comunidades desenvolvidas pelo outro, materializadas por meio da autoridade e que nada mais é do que fruto da complexa modernidade atual (MELKEVIK, 2017).

Em outras palavras, a vulnerabilidade encontra-se na possibilidade de supressão da autonomia individual pelos sistemas e modos escolhidos e construídos pelo outro, justamente com o objetivo de subordinar aqueles que ausentes e desprovidos de uma autonomia autoafirmada. Desse modo, contrapõe-se, por sua vez, ao terceiro elemento da dignidade concebida por Barroso, mas em medidas e circunstâncias diferentes.

Isto porque o último elemento da dignidade humana refere-se aos valores comunitários que integram a sociedade, em geral, dividindo-se naqueles propriamente sociais, que advém da vontade dos societários, quanto aqueles que se apresentam na forma de imposição da força estatal. É a concepção que se acordou, por assim dizer, em denominar os espaços privativos entre cada indivíduos. A máxima repetidamente difundida de que nossos direitos esbarram nos dos próximos à volta.

Neste sentido, verifica-se que a dignidade é intimamente interligada ao princípio da igualdade quando concebida como reconhecimento. Ainda que a lição popular dos limites de nossos direitos está ultrapassada e merece reparos, cumpre referir que:

Para o sistema de direitos humanos, a distinção entre desigualdades e diferenças é de capital importância. As primeiras referem-se a situações em que indivíduos ou grupos humanos acham-se juridicamente, uns em relação aos outros, em posição de superioridade-inferioridade; o que implica a negação da igualdade fundamental de valor ético entre todos os membros da comunhão humana. Por isso mesmo, a desigualdade constitui sempre a negação da dignidade de uns em relação a outros. As diferenças, ao contrário, são manifestações da rica complexidade do ser humano. (COMPARATO; 2010, p. 303).

Percebe-se, pois, que enquanto se manifestarem as desigualdades existentes contra grupos vulneráveis e minorias sociais, fere-se diretamente a dignidade dos membros de tais setores da sociedade. A perpetuação das desigualdades, materiais, e a ausência de percepção de reconhecimento das diferenças culturais macula a dignidade enquanto autonomia própria dos seres humanos e como valor comunitário.

Isto porque não se pode esperar de uma sociedade sadia que não se reconheçam as diferenças que categorizam as minorias sociais como grupo vulnerável dentro de seus próprios valores, uma vez que, do contrário, mancha-se a autonomia dos seus indivíduos, inibindo a manifestação de suas características culturais e morais, perpetuando um movimento excludente e de invisibilidade.

Por derradeiro, calha frisar que, se às minorias se objetiva a superação das desigualdades ao mesmo tempo em que as diferenças do grupo são promovidas perante a sociedade, esta se dá em um movimento de preservação dos valores intrínsecos, autônomos e comunitários da dignidade humana. Porquanto imbricada à própria identidade dos indivíduos, sua autodeterminação e sua atuação social.

Conforme relembra Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana nada mais é do que o resultado dos direitos fundamentais garantidos pela primeira, segunda e terceira dimensões². Isso porque à primeira geração foram asseguradas proteções individuais e negativas para os cidadãos em face do Estado, exigindo do ente uma abstenção e um não fazer, verdadeiros empecilhos legais contra os abusos e as arbitrariedades dos poderes autoritários dos regimes absolutistas vigentes até então, aproximadamente no século XVIII (SARLET, 2006).

² Embora usualmente se convencie a nomenclatura “gerações” para a caracterização dos diferentes grupos de direitos fundamentais surgidos ao longo do tempo, vale-se das críticas apresentadas por Sarlet no tocante à ideia de alternância suscitada pelo termo e não de complementariedade, o que corresponde com melhor fidedignidade ao fenômeno dos direitos fundamentais. Assim, alinhando-se à doutrina de Sarlet, adota-se “dimensões” para categorizá-los, uma vez que se revela mais adequado ao processo de expansão e fortalecimento destes direitos.

Nesse passo, a segunda dimensão corresponde a uma esfera de direitos de cunho positivista, surgida no decorrer do século XIX, a partir de movimentos reivindicatórios, caracterizados pela densificação da justiça social. Embora não apenas direitos de atuação positiva do Estado, caracterizam-se por uma verdadeira compensação das desigualdades materiais perpetradas em face das classes menos favorecidas econômica e socialmente (SARLET, 2006).

Por final, embora alguns doutrinadores, como Paulo Bonavides, defendam a existência de uma quarta dimensão e outros até mesmo de uma quinta e sexta, a terceira dimensão dos direitos fundamentais distingue-se pela sua titularidade coletiva ou difusa. Correspondem, em verdade, à proteção dos grupos humanos, aí inseridos a comunicação, a qualidade de vida, a autodeterminação dos povos e a paz (SARLET, 2006).

Embora esta breve explanação sobre as dimensões de direitos fundamentais não seja satisfatório para exemplificar com exatidão a extensão destas normas, é suficiente para revelar a ingerência e o desenvolvimento contíguos da dignidade humana. Especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos e das garantias em defesa das minorias sociais, uma vez que:

[...] boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia de liberdade-autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e dos particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século. Na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos da primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo. (SARLET, 2006, p. 59-60).

Até porque a dignidade da pessoa humana consagrou-se, nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, como o principal “[...] pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento.” (ROCHA, 1999, p. 4 *apud* PIOVESAN, 2009, p. 364). Sendo, deste modo, um direito pré-estatal que se supera à mera especulação jurídica e independe de sua forma e ordenação jurídica, configurando-se verdadeiro superprincípio constitucional,

de modo que tais concepções não podem fugir, tampouco se esquivar, à proteção das minorias sociais, sobretudo. Isso, porque:

[...] o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade de “massa” moderna. Ele é entendido, antes, como “pessoa”: de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, também do Estado, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldado, mas também chamado a co-configurar responsabilmente convivência humana. (HESSE, 1992, p. 109-111 *apud* PIOVESAN, 2009, p. 366).

Logo, percebe-se que a dignidade da pessoa humana, como princípio norteador do sistema jurídico e vinculado a todas as dimensões de direitos fundamentais, é o principal eixo que assiste aos grupos vulneráveis e às minorias sociais contra a invisibilidade social e as diferenças negativas materiais. Isto porque a manutenção das diferenças culturais que necessitam ser preservadas para as minorias sociais, objeto ora de enfoque, é matéria transversal a todas as dimensões de direitos fundamentais.

Conforme referido por Sarlet, a luta por direitos que é o objeto de perseguição das minorias sociais, nada mais é do que aqueles consagrados em movimentos anteriores. Entretanto, os avanços sociais da contemporaneidade necessitam conferir a estes direitos roupagem nova e diferente para os desafios contemporâneos que se apresentam às pessoas enquanto inseridas em relações inter-humanas (SARLET, 2006).

Constata-se, pois, a necessidade de enfrentamento das questões envolvendo grupos vulneráveis e minorias sociais para o alcance efetivo da igualdade e da dignidade humana ao enalço da superação da invisibilidade destes segmentos que atua como agente perpetrador e mantenedor da violência.

1.2 A INVISIBILIDADE DE MINORIAS COMO MANUTENÇÃO DA VIOLÊNCIA

Pelo exposto, percebe-se a necessidade de promoção das minorias no seio social para, inicialmente, superação dos valores culturais e simbólicos que perpetram e maximizam a projeção de invisibilidade que a espécie sofre, não apenas nos ambientes de poder, como também nos espaços comuns do dia a dia. No pleito da

igualdade como reconhecimento, enquanto inserido como valor intrínseco, mas que também tangencia os valores autônomos e comunitários da dignidade, não há escopo para a superação ou supressão das diferenças existentes. Tal pleito diz única e exclusivamente respeito aos grupos vulneráveis em espécie.

Zygmunt Bauman revela, contudo, que a continuidade da sociedade por aqueles que ocupam o seu posto como indivíduo social deve ser mantida pelas relações de consumo a qualquer custo. Para tanto, certas e determinadas coisas existem e estão presentes e difundidas, mas para que a existência destas coisas não seja um incômodo, elas não podem ser vistas. Por exemplo, a sociedade segue com plena capacidade seus hábitos de consumo enquanto ignora a presença e a formação das montanhas de lixo produzidas pelo descarte diário de bens e produtos que se tornam obsoletos num piscar de olhos. Ignorar a produção do refugo material significa, necessariamente, ímpeto para a continuidade da relação de consumo (BAUMAN, 2005).

E é neste sentido que se revela a marginalização dos grupos vulneráveis, enquanto gênero, dentro do ordenamento jurídico. A lei, em verdade, é um projeto de referência humana, instigada pela própria realidade a uma situação desejável e/ou realizável, embora seja conteste. Seguindo Bauman, a lei é universal por abranger os excluídos em um sentido negativo. Ou seja, ela abrange os grupos marginalizados, sem abrangê-los. Se ela não se direciona a eles, indiscutivelmente a ordem jurídica indica o lugar que lhes é próprio e desejado pelos demais setores da sociedade. Estes são os grupos vulneráveis ou o refugo humano, o lixo produzido que se não visto não é um problema real ou palpável.

Em outras palavras. A lei é excludente por ser universalmente abrangente com todos os seres. Perceba-se: não se está dizendo que a lei não está promovendo a igualdade (material ou como reconhecimento), mas que a ordem jurídica está inserindo os grupos marginalizados em sua pauta na forma como melhor lhe convêm, que é demonstrar sua ignorância com relação a estes setores que lhe são um percalço incômodo demais para ser galgado (BAUMAN, 2005). Isto porque,

[...] a exclusão é um ato de auto-suspensão. Isso significa que a lei limita sua preocupação com o marginalizado/excluído para mantê-los fora do domínio governado pela norma que ela mesma circunscreveu. A lei atua sobre essa preocupação proclamando que o excluído não é assunto seu. Não há lei para ele. A condição de excluído consiste na ausência de uma lei que se aplique a ela. (BAUMAN, 2005, p. 43).

A justificativa para tal empreendimento, considerando o exposto, é que “Sempre há um número demasiado *deles*. ‘Eles’ são os sujeitos dos quais devia haver menos – ou, melhor ainda, nenhum. E nunca há um número suficiente de nós. ‘Nós’ são as pessoas das quais devia haver mais.” (BAUMAN, 2005, p. 47). E, existindo um número tão intenso e grande de seres dos quais a lei se empenha tanto em manter fora do círculo, a própria sociedade cria seus mecanismos de exclusão.

No consumo diário da sociedade, se o *Big Brother* criado por George Orwell³ era o mecanismo responsável por assegurar a permanência e a continuidade das pessoas dentro da linha contígua, incluindo-as ao seu modelo de dominação e controle, hoje o mesmo não tem as condições para continuar funcionando desta forma. Atualmente, o *Big Brother* é o mecanismo de exclusão que assiduamente se revela nos produtos e nas relações, tanto de consumo quanto da ordem (BAUMAN, 2005).

Contudo, se os mecanismos da sociedade promovem e fomentam a exclusão e a negativa de espaço na área vital da comunidade para os grupos vulneráveis, logo se percebe o implemento de óbice à tão almejada identidade. Não há como, no espaço construído, porque ao mesmo tempo busca “[...] promover a emancipação individual e também a participação numa coletividade que ignora a idiossincrasia individual.” (BAUMAN, 2009, p. 43).

Este movimento de invisibilidade que a sociedade e a lei, sobretudo no tocante à homo e à transfobia, como um todo conferem aos grupos vulneráveis nada mais é do que a personificação da própria violência discriminatória. Isto porque “[...] a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e intolerância à diferença e diversidade.” (PIOVESAN, 2009, p. 189).

Tal forma de violência discriminatória contra os grupos vulneráveis atua de maneira silenciosa e, portanto, do modo mais mortal e subjogador possível dos direitos e das garantias que, se assegurados abstratamente, não são estendidos

³ George Orwell criou a figura do *Big Brother* em seu livro “1984”. Publicado pela primeira vez em 1949, a história se ambienta no futuro distópico e distante de 1984, no qual a sociedade é controlada pelo grande líder da nação, o *Big Brother* (Grande Irmão, em tradução livre), entidade política responsável por manter a ordem e a alienação cultural e social e que mantém vigilância constante sobre os cidadãos (ORWELL, 2009).

materialmente a estes grupos, pela completa ausência de reconhecimento do seu lugar enquanto sujeito de direito.

E é neste sentido que se perfectibiliza a discriminação indireta. Porque esta é o ato discriminatório específico que não conta com o *animus* de discriminar e segregar, mas que sutilmente ignora a condição de vulnerabilidade do grupo com o qual se manuseia. Ou, ainda, impõe um padrão de atuação universal para as situações a estes grupos vulneráveis, sem levar em consideração as conotações específicas que visem proteger a identidade cultural ou social deles (ALMEIDA, 2019).

Este procedimento acaba por minar a transformação das identidades, tanto individuais quando coletivas das minorias sociais (melhor enquadrada no caso em comento). Porque daí decorre “A humilhação social na forma de desvalorização do lugar que ocupamos socialmente e que desenvolvemos nossas habilidades [...]” (ASSY, 2015, p. 27).

Para que se possa quantificar e identificar a problemática da invisibilidade social e jurídica das minorias, traz-se à tona os dados referentes às mortes violentas de minorias sexuais no Brasil, mais especificamente entre os anos de 2015 a 2019. Tais dados são coletados a partir da pesquisa realizada pela ONG brasileira Grupo Gay da Bahia.

Aqui já se verifica um desdobramento da invisibilidade social que acomete as minorias sexuais: além da ausência de qualquer protetivo legal formulado pelo Poder Público, inexistem levantamentos ou pesquisas elaboradas pelo mesmo, a fim de visualizar o mapa da violência LGBTTTI⁴. Ainda, deve-se ter em conta que tais dados são levantados com base em dados midiáticos, os quais possuem extrema subnotificação e os órgãos oficiais do Estado não contam com mecanismos para registros desta ordem.

Segundo a organização não-governamental brasileira, em 2019, ocorreram 329 mortes violentas decorrentes da homo e da transfobia, do preconceito contra minorias

⁴ Embora a diversidade de siglas existente para a conceituação das minorias sexuais, “A sigla LGBTTTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexuais) indica uma população formada por pessoas que apresentam orientação sexual diversa do padrão eleito de forma preconceituosa pela sociedade, não obstante serem orientações que sempre existiram na história da humanidade.” (OLIVEIRA, 2013, p. 97, *apud* NEVES; PIOVESAN, 2014, p. 4). Deste modo, reforça-se que o emprego da sigla refere-se a todo o grupo que não se encontra na normativa sexual ditada pela sociedade, quaisquer que sejam, desde homossexuais a travestis e transexuais, propensos a sofrer represálias e ofensas sociais e individuais em decorrência disto.

sexuais em geral. Contudo, dentro destes dados, deve-se considerar que não abrangem a totalidade das possíveis violências que acometem os membros LGBTTTI⁵, uma vez que apenas considerados homicídios e suicídios (OLIVEIRA; MOTT, 2020).

A plenitude destes dados, pois, é contestada pelos fundamentos anteriores no tocante à ausência de registros oficiais e à própria subnotificação midiática deste tipo de violência. Não é sempre que a questão do gênero ou da orientação sexual são referenciadas nos aparatos da mídia que apresentam os casos.

Contudo, em que pesem tais fatores, estima-se que o Brasil seja o país com maiores números de mortes violentas de população LGBTTTI. Não apenas nos dados apresentados pelo Grupo Gay da Bahia, mas também no estudo realizado pela organização europeia *Transrespect Vs Transphobia*, entre 2008 e 2016, o Brasil foi o país com a maior quantidade de registros de mortes de membros de pessoas de minorias sexuais, sobretudo transgêneros, transexuais e travestis, quando em caracteres absolutos. Em relativos, quando considerados a cada um milhão de habitantes, foi o terceiro país no ranking, registrado 4,3 pessoas LGBTTTI mortas para um milhão de habitantes (TRANSRESPECT VS TRANSPHOBIA, 2016).

Por sua vez, a organização *OutNow* registra que, em se atendo às cifras comerciais e mercadológicas relativos às minorias sexuais em estudo, a população LGBTTTI estimada é de aproximadamente 9,5 milhões de pessoas no Brasil. E a despeito do registro do número de violência de fato (mortes) ocorridas, pelo menos 73% das pessoas abrangidas pela pesquisa registraram a ocorrência de situações de homotransfobia ou similares no próprio ambiente de trabalho (OUTNOW, 2017).

A ausência de segmentos públicos debruçados sobre as minorias sociais já demonstra outro reflexo neste momento. Para o grupo *OutNow*, na pesquisa realizada em 2017, a população LGBTTTI foi estimada em cerca de 9,5 milhões de brasileiros (OUTNOW, 2017). Entretanto, para o Grupo Gay da Bahia, a população LGBTTTI no Brasil é de pelo menos 33% de pessoas em 2019 (GRUPO GAY DA BAHIA).

⁵ Usualmente, também é adotada a sigla “LGBTQIA+”, a qual designa lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, queers, intersexuais, assexuais, etc., com o objetivo de aumentar a inclusão de diferentes formas de orientações sexuais e projetar a visibilidade desses segmentos, especificamente. Todavia, tem-se preferência à sigla LGBTTTI por também abarcar travestis e transgêneros, a fim de reforçar o problema da transfobia, especificamente. Inobstante, ambas se referem à mesma minoria sexual e representam o mesmo movimento, sem nenhuma exclusão de qualquer espécie.

O movimento das mortes violentas em 2019 foi surpreendentemente inferior aos anos anteriores. Apesar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da chamada criminalização da homofobia, não se vislumbraram outros motivos pertinentes para a evolução do quadro de violência homofóbica.

Entretanto, repisando-se as informações disponíveis pelos estudos, estes são singularmente precários, uma vez que efetivados mediante a coleta de informações e notícias veiculadas por portais, jornais e demais fontes informativas similares. Sem se olvidar, ainda, de outras agressões que, se não veiculadas, podem não se manifestar física ou agressivamente, como no caso de assédios e de insultos, presentes senão no seio familiar, no meio social ou de trabalho no qual um membro de minoria sexual possa se encontrar.

Ademais, em uma análise superficial dos dados veiculados, poder-se-ia considerar que os números apresentados são baixos ou insignificantes quando tomados em ampla e geral perspectiva: aproximadamente 300 pessoas para 20 milhões; ou ainda 300 indivíduos para cerca de 220 milhões de brasileiros. Contudo, é desta forma que se opera a invisibilidade na sociedade. Ela não apenas mascara e/ou disfarça dados e pessoas, mas também atribui completa insignificância a estes.

Porque, se de um lado, 300 mortes não importam para a coletividade, tampouco sendo relevante o motivo que as ceifou, isto significa nada mais do que a vulnerabilidade destas vidas perdidas e o desprezo social pela aplicação de direitos basilares a uma pequena parcela da sociedade que buscam uma vida “normal”, com a dignidade de ser e expressar seus sentimentos, emoções, afetos e aparência da forma como verdadeiramente são.

O que revela a natureza esdrúxula da perpetração da violência contra as minorias sociais é a imputação negacionista dos direitos fundamentais, ferindo e maculando diretamente a dignidade da pessoa humana dos membros desse setor da sociedade. Revela-se, pois, a intencionalidade dos agentes em designar “[...] o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irreduzível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos.” (BORRILLO, 2010, p. 13).

A presença e a perpetuação da violência e de estigmas sociais às minorias sexuais revelam a fragilidade das normas constitucionais, em serem plenamente eficazes. Tal situação, ainda, reverbera na dificuldade de acesso, no caso em específico, da população LGBTTTTI à plenitude do exercício dos direitos e das garantias fundamentais declarados constitucionalmente.

A ausência do reconhecimento das minorias sexuais como sujeitos de direitos, no bojo trazido pela invisibilidade social e jurídica que lhes é conferida, revela a impossibilidade de fruição eficaz do direito à vida, à igualdade e à dignidade.

Isto porque, não raramente, surgem situações cotidianas que possuem repercussões diferentes para LGBTTTI do que para com outros conjuntos populacionais. Um destes casos de grande repercussão diz respeito, por exemplo, às restrições, há pouco em vigor, para a doação de sangue por homossexuais.

Até a decisão do STF em 2020, a Resolução RDC n.º 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e a Portaria n.º 158/2016 do Ministério da Saúde, ambas citadas na ADI n.º 5.543, proibiam a doação de sangue por homens que haviam mantido relações sexuais com outros homens nos doze meses antecedentes. Estes instrumentos, todavia, foram declarados inconstitucionais e discriminatórios a partir do julgamento da Ação de Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.543 (BRASIL, 2020).

A situação da doação de sangue por homossexuais é resultado de um processo histórico de preconceito, no qual foi repassada à população *gay* o estereótipo da promiscuidade, tendo em vista que, na década de 1980, foram divulgados dados acerca do potencial transmissivo dentro desse nicho populacional (SANTOS; BRANCO; PETERSEN, 2018).

Esse cenário relacionado a um tema tão imprescindível à sociedade como um todo revela a sutileza e a variedade de formas e tipos que o preconceito, aqui especificamente com relação às minorias sexuais, se manifesta. Veja-se que o preconceito e a discriminação não se confundem, uma vez que o primeiro pode ser entendido como uma manifestação subjetiva individual que cada indivíduo possui com relação a outrem ou a um determinado grupo de sujeitos. Por sua vez, a discriminação consiste na prática efetiva de ações ou omissões que tenham por objetivo ferir a identificação ou o espaço enquanto portador de direitos de alguém, embora, nesse sentido, não seja importante aferir se aquele que discrimina assim o age intencionalmente (ALMEIDA, 2019).

Importante observar também que não são todas as situações discriminatórias que necessariamente precisam ser abarcadas por um conceito legal e repressivo, situação que será melhor visualizada posteriormente. Deve-se observar que muitos casos, tanto de preconceito quando de discriminação, são resultados de um processo

social e cultural que deflagrou a invisibilidade social das minorias sexuais, de modo que o campo de questionamentos e de debate permanece muito restrito.

Com relação especificamente à homofobia e à transfobia, o preconceito, conforme explanado, assume as formas irracional e cognitiva. Ambas possuem a natureza subjetiva de um medo, aversão ou repulsa às minorias sexuais, como um todo. No entanto, a primeira, também podendo ser nominada como homofobia afetiva ou psicológica, pressupõe a condenação ou repreensão das diferentes formas de expressão da sexualidade ou do gênero que estejam em desacordo com a normatividade sexual. Por sua vez, a homofobia/transfobia cognitiva ou social é um eixo que permite a proliferação da invisibilidade das minorias sexuais, uma vez que, apesar de não tolerar a repreensão LGBTTTI, “[...] ninguém rejeita os homossexuais; entretanto, ninguém fica chocado pelo fato de que eles não usufruam dos mesmos direitos reconhecidos aos heterossexuais”. (BORRILLO, 2010, p. 24).

Tal classificação, todavia, é insuficiente para abranger todas as manifestações de preconceito contra as minorias sexuais. Por isso, é importante observar que existem formas de expressão da homofobia que se dirigem particularmente ou especificamente. É o que permite identificar a homofobia geral ou específica.

A homofobia geral relaciona-se diretamente com as normativas sexuais assentadas social e culturalmente quanto àquilo que se convencionou pertencer a um determinado gênero. Por exemplo, as clássicas imposições de cores ou brinquedos que são definidas de acordo com o sexo do bebê: azul e carrinhos para meninos; rosa e bonecas para meninas. Obviamente, não parece ser o caso de uma manifestação homofóbica ou transfóbica, mas o é.

Ao se definir questões como essas, está-se registrando que o desvio desses estigmas representa um eixo fora da curva da normatividade sexual, num modelo que convencionou definir o que é masculino e o que é feminino e quais são seus papéis dentro da sociedade, por meio de narrativas identitárias construídas social e culturalmente e que atravessam as gerações, ganhando espaço e poder (BORRILLO, 2010).

A homofobia específica, por sua vez, é o preconceito notadamente dirigido contra o gay e a lésbica. Nesse sentido, no entanto, importante observar que calha distinção: a homofobia dirigida contra gays é passível de condenação e repreensão, seja na forma de violência física, moral ou psicológica, uma vez que a expressão da homossexualidade masculina é uma afronta aos papéis viris definidos pela sociedade.

Por sua vez, a lesbofobia manifesta-se de forma diferente. A intolerância contra lésbicas é forte elemento corroborativo da invisibilidade que alimenta o preconceito e a intolerância das minorias sexuais. Isso porque:

Se as lésbicas foram, visivelmente, menos perseguidas que os gays, tal constatação não deve ser interpretada, de modo algum, como indício de uma maior tolerância a seu respeito; pelo contrário, essa indiferença nada mais é do que o sinal de uma atitude que manifesta um desdém muito maior, reflexo de uma misoginia que, ao transformar a sexualidade feminina em um instrumento do desejo masculino, torna impensáveis as relações erótico-afetivas entre mulheres. A iconografia pornográfica heterossexual ilustra perfeitamente essa realidade: os jogos sexuais entre mulheres são sistematicamente representados para excitar o homem e, mesmo que elas deem a impressão de ter prazer, o desfecho do espetáculo sexual é sempre protagonizado pela penetração e pela ejaculação do homem. (BORRILLO, 2010, p. 28-29).

Este é, no entanto, um pequeno exemplo de situações cotidianas enfrentadas e suportadas pela população LGBTTTI que colocam em xeque a fruição eficaz de seus direitos fundamentais.

Se a presença de um estigma como a crença ilógica da proliferação do vírus AIDS/HIV exclusivamente por homossexuais teve o condão de permanecer atrelado às políticas públicas nacionais de saúde, o mesmo se pode esperar dos segmentos privados da sociedade. Isto porque a estigmatização e o preconceito provém de bases comuns que alimentam o ideário público e privado.

Estas crenças relacionadas às minorias sexuais e que obliteram homossexuais, transexuais e travestis diariamente são fruto de uma concepção de um ideário de que tais condições são inaturais. Mais do que inaturais, são antinaturais, pois se baseiam no que é afirmado ideologicamente ao longo do tempo nas construções sociais do que é certo e do que é errado.

Isso porque não há como visualizar a homofobia ou a transfobia que não como uma resposta ao sexismo, mais especificamente ao heterossexismo. O sexismo é construção histórica e cultural da subordinação da mulher ao homem, concebendo papéis fixos e determinados daquilo que é feminino como frágil, subordinado e íntimo. No entanto, o sexismo não se restringe à definição dos papéis femininos e masculinos na sociedade, mas conseqüentemente em sua hierarquização (BORRILLO, 2010).

A hierarquização dos sexos implica necessariamente no heterossexismo, o qual é decorrência lógica da subordinação do sexo feminino ao masculino, enquanto concebida a dominação como parte natural e biológica das relações humanas.

Porquanto, nesse sentido, as diferentes formas de expressão da sexualidade ou do gênero “[...] são consideradas, na melhor das hipóteses, incompletas, acidentais e perversas; e, na pior, patológicas, criminosas, imorais e destruidoras da civilização”. (BORRILLO, 2010, p. 31).

Se como certo são concebidas tão somente as relações heterossexuais e identidade cisgênero, qualquer outra orientação sexual ou de gênero que refuja àquilo, automaticamente é inválido. A invalidez que assola as minorias sexuais, então, possui dois remédios: sua autoexclusão permanente e definitiva ou sua “cura”. E a necessidade de aplicação imediata das terapias apresenta-se tão somente pela inadequabilidade da manutenção desses indivíduos, uma vez que a mácula é altamente corruptível e pode desestruturar todo o sistema.

A homofobia e a transfobia, especificamente, são manifestações da violência contra minorias sexuais oriundas, perpetradas e mantidas pela invisibilidade social e jurídica que abarca tanto grupos vulneráveis quanto minorias sociais. Enquanto propulsora da violência, desintegra seu reconhecimento como sujeitos portadores e merecedores de igualdade e de dignidade. Dá-se ensejo, assim, ao fenômeno da inconstitucionalidade por omissão e a necessidade de mobilização dos seus respectivos remédios constitucionais.

2 O FENÔMENO DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E OS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

O presente capítulo objetiva compreender o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão na esfera da eficácia dos direitos fundamentais e o dever de legislar, nos processos constitucionais do Mandado de Injunção⁶ (MI) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão⁷ (ADO). Para tanto, far-se-á análise e a pesquisa bibliográfica e legal sobre as ações. Em seguida, complementarmente, verificar-se-á especificamente os fatos e os fundamentos que embasaram a propositura do M.I. n.º 4.733 e da ADO n.º 26, bem como suas conseqüentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DEVER DE LEGISLAR

A existência de empecilhos à concretização do objetivo de seres humanos dignos, plenamente integrados à sociedade com a preservação dos seus elementos essenciais, revela a inefetividade dos direitos fundamentais em seu aspecto mais contemporâneo, qual seja, o de preservar os interesses e as diferenças destes novos segmentos populacionais.

Em verdade, tratar acerca da efetividade ou da eficácia de direitos fundamentais é primordialmente um desafio da matéria constitucional, começando pelos eixos iniciais das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Embora a temática seja mais complexa e certamente louvável de maior aprofundamento e análise teórica, é imprescindível a observação do fenômeno da existência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

As normas constitucionais como um todo, ou seja, não apenas em referência aos direitos fundamentais, integram a realidade legal e social por um processo compreendido a partir de quatro etapas: vigência; validade; eficácia e aplicabilidade; e efetividade (SARLET, 2006).

⁶ Art. 5º, LXXI, CF/88: “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 [...]” (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 103, § 2º, CF/88: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” (BRASIL, 1988).

A existência das normas constitucionais, conforme apresenta Sarlet, é a etapa compreendida pela vigência e pela validade da lei, embora este último aspecto não seja absolutamente imprescindível. Veja-se, a vigência de um texto constitucional diz respeito a sua entrada no ordenamento jurídico observado o sistema de promulgação e de publicação que é comum a todas as leis na ordem jurídica nacional. A validade, por outro lado, refere-se à “[...] conformação do ato normativo aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico no que concerne à competência, adequação da forma, bem à licitude e possibilidade de seu objeto [...]” (SARLET, 2006, p. 244).

Ou seja, vigência e validade não são o mesmo fenômeno e não se confundem, integrando ambas o plano da existência das normas constitucionais. Entretanto, importante frisar que a validade dela não é um requisito intransponível à eficácia e aplicabilidade da lei, uma vez que ela pode ter condições de gerar efeitos nos casos concretos sem que tenha preenchido as condições de validade. Em outras palavras, a norma constitucional pode existir, em qualquer esfera, sem que o tenha sido feito na forma adequada, cabendo, para tanto, os remédios constitucionais.

Por outro lado, a eficácia e a aplicabilidade das normas constitucionais encontram-se no mesmo plano lógico, assim como a vigência e a validade, ao passo que a efetividade acaba por ser um desfecho lógico do processo intrínseco destas normas. Veja-se que as duas primeiras ainda se situam meramente em um plano jurídico e abstrato, não escapando ainda do papel, correspondendo em outras palavras, respectivamente, à possibilidade ou potencialidade e à realizabilidade ou praticidade (SARLET, 2006).

Apesar de serem dissociáveis entre si, eficácia jurídica condiz à possibilidade de aplicação das normas constitucionais com a geração de efeitos jurídicos desde logo. Nesse passo, diz respeito à sua exigibilidade e executoriedade legal, correspondendo, em decorrência lógica, à sua aplicabilidade. Nesse sentido, segundo Sarlet:

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. (SARLET, 2006, p. 247).

Logo, se a aplicabilidade e a eficácia jurídica das normas restringem-se ao plano abstrato e legal, a eficácia social corresponde aos efeitos materiais e concretos que a norma constitucional gera no mundo dos fatos. Percebe-se: a eficácia jurídica corresponde aos direitos e demais disposições que ela dispõe enquanto concebidas apenas em um cenário de direitos, ou seja, no texto da lei, sendo juridicamente eficaz quando pode gerar efeitos. Ou seja, uma norma eficaz é aquela que tem o condão de abstratamente fazer chegar no mundo concreto, sendo inútil, portanto, se não dispor de executoriedade suficiente para se fazer valer entre os pares da sociedade.

Por outro lado, a eficácia social das normas constitucionais não se restringe a um cenário abstrato, ou seja, não se limita à sua atuação como fonte formal de direitos e de obrigações. Pelo contrário, a eficácia social ou efetividade destas normas é a verificação da extensão de sua aplicabilidade no plano material e fático, ao tempo em que observa sua congruência à realidade da sociedade em geral.

Isto porque, conforme observa Ingo Sarlet, a doutrina repetidamente diverge quanto à conceituação das normas constitucionais a partir de sua eficácia. Contudo, ao mesmo tempo, verifica-se unanimidade no sentido de que, embora pouca, todas elas são dotadas de determinado grau de eficácia, algumas mais, outras menos, sendo que a estas permanece reservada a possibilidade de plena integração legal e fática pela atuação do legislador (SARLET, 2006).

Embora, pois, seja unânime a presença de certo grau de eficácia das normas constitucionais, isto é, de que elas são aptas a gerar direitos e obrigações tão logo entrem no ordenamento jurídico, dependendo para algumas tão somente de regulações específicas, o mesmo entendimento não permite subsistência a partir da análise do grau de efetividade de algumas e determinadas normas constitucionais. Mais precisamente, ao se analisar detidamente a situação veiculada da violência contra minorias sexuais.

A causa *mor* da violência perpetrada contra minorias sociais revela a inefetividade das normas constitucionais em alcançar e proteger estes grupos da sociedade. A invisibilidade social conferida a este segmento populacional perpetra os sintomas da violência e da desigualdade jurídica, delegando-lhes verdadeiro demérito à dignidade humana.

Essa revelação demonstra a necessidade de acionamento de mecanismos aptos a ultrapassar os resquícios da invisibilidade para conferir às minorias sociais igualdade, na medida de suas diferenças, ao mesmo tempo em que lhe confere

reconhecimento como sujeitos de direitos. Desta forma, tão somente, podem-se ser promovidos os meios necessários para superar a mácula às normas constitucionais, demonstradas a partir da perpetração da violência e da invisibilidade das minorias sociais, e sua conseqüente inefetividade, ainda que parcial.

Por óbvio, o constituinte brasileiro, ao se reunir para discutir sobre as problemáticas sociais durante os debates que antecederam o projeto de Constituição na década de 1980, não detinham bolas de cristais ou cartas de tarô que lhes permitissem orientar os vindouros representantes e legisladores de que forma, como, quando e onde editar atos normativos. Tampouco foram eles aptos a programar alarmes para lembrar deputados e senadores dos compromissos deixados explicitamente pela Constituição.

Contudo, tendo ciência tanto da mora do legislador quanto da impossibilidade dele vir a praticar determinados atos normativos, os constituintes fizeram constar da Carta Política do país dois remédios para resolver e sanar as omissões que naquele momento não poderiam ser feitas, seja por conveniência ou por inadequação material ou formal. Por esse motivo, pode-se perceber que a inconstitucionalidade dos atos normativos pode ocorrer de duas diferentes formas: por ação ou por omissão.

Inicialmente, inconstitucionalidade é o fenômeno pelo qual um ato, de caráter normativo ou administrativo, originado por qualquer dos três poderes públicos, desafia o texto legal da Constituição, enquanto norma cogente. Isto porque a incidência das disposições da Carta Política brasileira não podem ser afastadas, nem pela vontade de particulares tampouco pela do Poder Público, senão pela via legislativa adequada (BARROSO, 2016).

Assim, pode tanto ocorrer mácula à Constituição, adotando-se medidas que seu texto expressamente proíbe ou vete, nominando a chamada inconstitucionalidade por ação, quanto deixando de praticar atos ou incorrendo em mora para legislar sobre determinados assuntos que a Constituição exija, hipótese na qual se está diante de uma omissão inconstitucional.

A segunda hipótese, a qual constitui o objeto em estudo na presente pesquisa, refere-se à “[...] inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais.” (BARROSO, 2016, p. 43).

No tocante à referida inércia, importante observar, porém, que esta deve ser ilegítima para poder ser considerada contrária ao texto constitucional. Isso porque deve haver para o legislador a obrigatoriedade conferida pela Constituição em editar

determinada norma a fim de regular conteúdo referente à organização política ou administrativa ou aos direitos e as garantias fundamentais.

Caso não exista previsão expressa na Constituição determinando a criação de norma reguladora para seus dispositivos, não se estará diante de uma omissão inconstitucional, mas tão somente da liberdade do agente político em se dispor a legislar acerca de determinada matéria.

Há, todavia, situações excepcionais que dizem respeito às normas programáticas da Constituição, ou seja, aquelas que não exigem uma atuação direta do Poder Público, mas tão somente conferem direitos de maneira genérica, cuja atuação legislativa constitui liberalidade dos parlamentares. Nessa hipótese, embora ausente a determinação expressa da Constituição em subordinar o legislador à criação de lei reguladora, a ofensa que negue aos cidadãos alcançar o mínimo existencial configura a omissão inconstitucional (BARROSO, 2016).

Dessa forma, fica claro, conforme se aprofundará adiante, que os requisitos elencados pela doutrina clássica para o reconhecimento da omissão inconstitucional acabam por afastar mais ainda a realidade social das normas constitucionais, especialmente no tocante aos direitos fundamentais.

A delimitação habitual da omissão inconstitucional à previsão do texto constitucional, fundada numa interpretação semântica, orbita pela ineficácia dos direitos fundamentais, ao analisar tão somente a validade jurídico-formal da exigência de legislar sobre os assuntos deixados em aberto pela Constituição. Ou seja, significa dizer que o exame da obrigatoriedade de legislar, para então ser analisada a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade da omissão, não deve se ater a critérios meramente formais (CAMPOS, 2019).

Tem-se, nesse sentido, que os artigos que insculpem os direitos fundamentais por si só não necessitam “[...] qualquer providência ulterior para torná-lo – e aos direitos nele reconhecidos – uma realidade concreta, de modo que não haveria, dessa forma e em absoluto, qualquer dever constitucional de legislar ou regulamentar.” (CAMPOS, 2019, p. 42). Tal situação, na opinião de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, conforme será abordado mais adequadamente no capítulo seguinte, não é apenas prejudicial aos tutelados, mas ao complexo constitucional como um todo.

Essas situações, embora excepcionais, apresentam-se a partir de fatores sociais, econômicos ou culturais que, apesar da previsão constitucional dos mais amplos direitos e garantias fundamentais contemplados pela Constituição, impedem

ou inibem a plena eficácia e acesso a valores básicos. Conforme referido, são os casos envolvendo minorias sociais no que tange à sua contemplação à dignidade humana, a liberdade e a felicidade.

Para tanto, deve-se vislumbrar que o mínimo existencial corresponde, no caso em específico, à identificação dos grupos minoritários como sujeitos de direito. Isso porque tal mínimo existencial é “[...] formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”. (BARCELLOS, 2013, p. 292).

Dessa forma, a omissão do legislador configura-se em inconstitucionalidade a partir do momento em que não estende ou não infere acerca da dignidade humana de maneira suficientemente apta a satisfazer as necessidades sociais, uma vez que,

Na esfera política, a eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um limite último, uma barreira de contenção apta a obstar ações políticas que o violem ou restrinjam – *modalidades de eficácia negativa e vedativa ao retrocesso* –, ou ainda como um imperativo interpretativo - *eficácia interpretativa* -, pelo qual as disposições normativas do Poder Público devem ser interpretados sempre da maneira que realize de forma mais ampla e consistente a dignidade. (BARCELLOS, 2013, p. 295).

Ou seja, embora relacionado a uma esfera política, o princípio da dignidade humana contemplado pela Constituição brasileira permite um campo de normatividade identificado pelo mínimo existencial e que merece reparação e proteção, seja em caso de atuação ou de omissão inconstitucional. Tal esfera, inclusive, opera-se dentro do conjunto de normas constitucionais que não podem sofrer segregações legais ou administrativas dentro de uma determinada seara jurídica, uma vez que atinge o próprio sistema constitucional como um todo.

No caso específico das minorias sociais, a dificuldade em promover um amparo próprio, ao modelo do que ocorrem com outros grupos vulneráveis que dispõem de códigos especiais de proteção, vem acompanhada pela formação de um segmento de cargos políticos de raízes fundamentalistas e evangélicas (PIOVESAN; SILVA, 2015). Conforme referido, significativa parte dos estereótipos perpetrados contra as minorias sexuais guardam intrínseca relação com os valores religiosos que moldam o conjunto das ações sociais.

Diante da resistência destes grupos políticos, o debate sobre o espaço no cenário de decisões das minorias sexuais acaba sendo continuamente minguado,

uma vez que a vacância legislativa fomenta o processo de invisibilidade da população LGBTTTI. A ausência de um debate público aberto e centrado por parte do Poder Legislativo sobre os direitos e as proteções que devem ser conferidos às minorias sexuais propicia a propagação da violência silenciosa e repetidamente.

Assim, diante do grau de ineficácia dos direitos fundamentais, surge o dever do legislador em promover a adequação do texto constitucional à realidade social. Por outro lado, em assim não sendo, foram assentos pelo constituinte dois remédios próprios para a superação da omissão que é contrária à normativa constitucional, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

2.2 MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: REMÉDIOS À OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Diante das situações porventura existentes frente à inércia do legislador, o constituinte prescreveu dois remédios especificamente para o controle da omissão inconstitucional.

Por via incidental, o mandado de injunção foi consagrado pelo art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “[...] 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.” (BRASIL, 1988).

O mandado de injunção é, verdadeiramente, uma inovação processual brasileira, uma vez que tão somente resguarda similaridade com um modelo aplicado nos Estados Unidos conhecido como *injunction*⁸ (FONSECA, 2016).

À época da confecção da Constituição brasileira, diversas das subcomissões criadas se viram preocupadas com a possibilidade do legislador se manter inerte para conferir eficácia jurídica aos direitos fundamentais que então eram escritos. Veja-se, pois, que a intenção dos constituintes era criar um mecanismo jurídico que possibilitasse a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos e das garantias constitucionais.

⁸ Injunção.

Essa preocupação é muito bem ilustrada na justificativa apresentada por Virgílio Távora e Carlos Virgílio, os quais primeiro propuseram o instrumento em março de 1987, por meio da Sugestão n.º 155-4:

Visando a efetivar a produção de direitos públicos subjetivos criados, de forma genérica, pela Constituição, os quais se não implementados pelos poderes constituídos, mediante a edição de atos e normas integrativas da Carta magna, ensejarão a inconstitucionalidade por omissão, submetemos à apreciação da Comissão Temática pertinente a previsão normativa do instituto processual que denominamos “mandado de injunção”, como garantia constitucional. Tivemos a oportunidade de, através de sugestão de norma constitucional, a ser enviada a outra Comissão Temática tendo em vista o capítulo no qual foi inserido o artigo, caracterizar o que venha a ser “inconstitucionalidade por omissão”. De conformidade com a nossa previsão normativa, dar-se-á a inconstitucionalidade por omissão sempre que qualquer um dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) deixar de expedir o ato ou a norma que, implementando o texto constitucional, concretizará o direito genericamente neste previsto. (BRASIL, 1987 *apud* FONSECA, 2016, p. 64).

Todavia, a finalização do texto constitucional acabou por minguar interpretativamente a pretensão original dos constituintes, uma vez que levou à limitação da própria eficácia do instrumento, tendo em vista que, “[...] de modo geral, (as propostas) deixaram expressa a ideia de que o Judiciário deveria atuar positiva e supletivamente em face da inércia dos demais Poderes.” (FONSECA, 2016, p. 75).

Nesse sentido, por muito tempo, afirmou-se a jurisprudência do STF no sentido de que o mandado de injunção não possui o condão de conferir ao Judiciário poderes normativos para a edição de normas:

Com efeito, esse novo *writ* não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder. (BRASIL, 1990 *apud* BARROSO, 2009, p. 268-269).

O trecho refere-se à posição então adotada pela Suprema Corte quando do julgamento do MI n.º 191-0-RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello e publicado no Diário de Justiça da União, em 1º de fevereiro de 1990. Por assim, consolidou-se a

impossibilidade do STF em alcançar àquele que impetrasse o mandado de injunção o objetivo perquirido em ver satisfeito direito pelo qual se manteve o legislador omissor.

Todavia, a ação do STF, nesse sentido, acabou por esvaziar por completo o objeto do mandado de injunção, retirando-lhe a essência que o constituinte original, conforme visto, preocupou-se em incumbir ao Poder Judiciário mediante a ineficácia dos direitos fundamentais respaldada pela inércia do legislador. O esvaziamento do instrumento, inclusive, é acompanhado pela presença da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a seguir aprofundada.

Sanando os problemas decorrentes do esvaziamento do objeto do mandado de injunção, a Lei n.º 13.300/2016 deu novos ares ao instrumento processual. Deste modo, o art. 8º da referida lei redefine e traz clareza ao processo, ao tempo em que define que, deferida a injunção, deve-se conceder prazo razoável ao impetrado para regulamentar os direitos reclamados, ao mesmo tempo em que estabelece as condições para o seu exercício. O parágrafo único do artigo acrescenta, ainda, que não se fixará o prazo para edição de norma caso o impetrado tenha deixado de suprir a mora por determinação judicial anterior (BRASIL, 2016).

Conforme discorre Barroso, o texto legal trouxe ao mandado de injunção nova roupagem ao que fora definido pela Constituição, melhor readequando-o à pretensão original dos constituintes. No mesmo sentido, definiu por vez as distinções existentes para com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao conferir ao rito mandamental uma tutela efetiva aos direitos que careçam de tratamento excepcional, na medida em que foram insuficiente ou inadequadamente regulamentados (BARROSO, 2016).

Entretanto, em que pese a nova regulação alcançada pela Lei n.º 13.300/2016 ao mandado de injunção, permanecem muitas obscuridades e aspectos subjetivos que possibilitam uma interpretação por demais ampla e extensiva à ação.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, é mecanismo de controle abstrato do silêncio do Poder Legislativo. A previsão de tal, dentro do sistema de freios e contrapesos, ocorreu devido ao longo histórico de discrepância dos textos normativos das Constituições brasileiras à realidade social:

A experiência constitucional brasileira, da Independência até o início da vigência da Constituição de 1988, é uma crônica da distância entre intenção e fato, do desencontro entre norma e realidade. A marca da falta de efetividade, impulsionada pela insinceridade normativa, acompanhou o constitucionalismo brasileiro pelas décadas afora, [...]. Destituídas de

normatividade, as Constituições desempenhavam o papel menor, mistificador, de proclamar o que não era verdade e de prometer o que não seria cumprido. Boa parte da responsabilidade por essa disfunção pode ser creditada à omissão dos Poderes Públicos em dar cumprimento às normas constitucionais. (BARROSO, 2016, p. 169-170).

A linha evolutiva do constitucionalismo brasileiro levou à criação do fenômeno da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apesar da ausência de previsão expressa desse mecanismo processual na Carta Política promulgada em 1988, as suas diretrizes possibilitaram a formação, em sede jurisprudencial pelo STF, de um complexo que permitiu ao Poder Judiciário visitar as disposições constitucionais e nelas encontrar um caráter coercitivo, uma obrigação legal do legislador em atuar.

Dessa forma, a Constituição Federal consignou a possibilidade de revisão dos atos normativos federais pelo STF, conforme esculpido pelo art. 102, I, "a", primeira parte, embora ausente a expressa previsão em relação ao casos da omissão inconstitucional.

Por sua vez, a legitimidade, tanto para a ação que visa à declaração de inconstitucionalidade quanto para a que visa à declaração de constitucionalidade, vem insculpida pelo art. 103 da Constituição Federal, quais sejam: o Presidente da República; a mesa do Senado Federal; a mesa da Câmara dos Deputados; a mesa das Assembleias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os governadores dos estados ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partidos políticos com representação no Congresso Nacional; ou confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Sendo que, para este último, é imprescindível a demonstração de afetação do material inconstitucional à sua área de atuação, o que é comumente designado como aferição da pertinência temática destes agentes para com o objeto da ação (BRASIL, 1988).

Tal requisito, que também é aplicável aos governadores e às Assembleias Legislativas, é intrínseco ao interesse de agir dessas partes, uma vez que eles não são dotados de interesse genérico para as ações declaratórias de constitucionalidade. Tratando-se, todavia, de instituição firmada jurisprudencialmente pelo STF (BARROSO, 2016).

Aqui já se denotam algumas das variações do mandado de injunção: inicialmente, sendo meio incidental de controle de inconstitucionalidade, a legitimidade ativa do mandado de injunção é a pessoa ou o grupo cujo exercício de um direito é

obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora. Admite-se, porém, a impetração de mandado de injunção coletivo, sendo que a legitimidade, nesses casos, é conferida às entidades de classe e aos sindicatos, na condição de substitutos processuais e, então, analisando-se premissas referentes aos direitos difusos ou coletivos, tal legitimidade também pode ser estendida ao Ministério Público.

A competência para o mandado de injunção, por sua vez, não é concentrada tão somente no STF, como o é na ação direta de inconstitucionalidade. Nesse sentido, deve-se observar que a competência foi repartida ao STF, ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e aos Tribunais Regionais Eleitorais (BRASIL, 1988). Tal repartição de competência foi conclamada com base daquele que deveria ter elaborado a norma.

No caso do STF, sua competência é verificada quando o ato normativo deveria ter sido emanado do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou de uma de suas mesas, do Tribunal de Contas da União ou dos Tribunais Superiores ou no caso do ato precisar ser emanado por ele mesmo, consoante determina o art. 102, I, “q”, da Constituição Federal.

Ao STJ, por sua vez, incumbe processar e julgar os mandados de injunção cuja norma compelia a órgão ou entidade federal, tanto da administração direta quanto indireta, excetuados os casos de competência do STF e das justiças especializadas, de acordo com o art. 105, I, “h”, da Constituição. Às Justiças Especializadas, entretanto, inexistente previsão de competência. A exemplo do que ocorre com os Tribunais Regionais Eleitorais, uma vez que o texto do art. 121, §4º, V, também da Constituição Federal, traz a possibilidade de recurso para a decisão que denega o mandado de injunção, sendo a única referência, nesse sentido, todavia.

Nessa senda, a Lei n.º 12.063/2009⁹ acresceu à Lei n.º 9.868/1999 as disposições pertinentes à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos mesmos moldes consagrados pelo STF, legitimando, por meio de lei, as características afirmadas jurisprudencialmente (BRASIL, 2009).

Assim, portanto, diante da impertinente morosidade do Poder Legislativo em se pronunciar acerca da proteção às minorias sexuais, efetivando a invisibilidade desse

⁹ Importante alteração abarcada pela Lei n.º 12.063/2009, cita-se a título mais de curiosidade que de pertinência temática, diz respeito à possibilidade de concessão de medidas cautelares à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Apesar das limitações aplicadas pelo texto legal quanto às medidas liminares, estas podem abranger a suspensão dos atos questionados, nos casos de averiguação de omissão parcial, sob fundado receio de danos de qualquer ordem, ou a suspensão de processos judiciais e administrativos em trânsito que debatam por ventura a questão suscitada.

segmento, foi o Supremo Tribunal Federal compelido a se pronunciar acerca da coibição das práticas discriminatórias contra LGBTTTI. Tais ações são a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26 e o Mandado de Injunção (MI) n.º 4.733.

A ADO n.º 26 tem por objeto o enquadramento da homofobia e da transfobia aos preceitos constitucionais e legais relativos ao racismo, conforme indicado no art. 5º, XLII da Constituição Federal, ou, alternativamente, o enquadramento como condutas discriminatórias e atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, estas de acordo com o art. 5º, XLI, da Constituição Federal. Subsequentemente, nos moldes do processo de inconstitucionalidade por omissão, o reconhecimento de que a mora do Congresso Nacional em dispor acerca da proteção das minorias sexuais seja inconstitucional, de modo a ser lhe fixado prazo razoável para a aprovação de uma lei específica para o grupo vulnerável.

Por final, de maneira subsidiária, a ação pretende a manifestação da Suprema Corte pela inclusão da discriminação contra minorias sexuais dentro dos preceitos legais da Lei do Racismo, n.º 7.716/89. Pugna, também, pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado pelo fomento das práticas discriminatórias e seus eventos danosos, tendo em vista o caráter protelatório e excludente do Poder Legislativo para com a população LGBTTTI.

Este processo foi formalizado em janeiro de 2013, por iniciativa do Partido Popular Socialista (PPS), seguido pelo MI n.º 4.733 impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), a qual possui identidade de pedidos e de fundamentação para com a ação de inconstitucionalidade.

Sobre referidos processos constitucionais, Gabriela Soares Balestro e Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia observam que:

Tais ações constitucionais visam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88). (BALESTRO; BAHIA, 2018, p. 14).

Em verdade, os fundamentos que levam à pretensão das referidas ações são diversos e não se esgotam senão mediante uma análise pormenorizada das suas próprias petições. Inobstante isso, é sensível visualizar que o ensejo do manejo destes processos não é outro diverso da busca por uma proteção efetiva das minorias sexuais à luz das garantias constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro.

Está-se, não diante de um pedido específico de mácula ao preceito de separação dos poderes, uma vez que tal sistema não pode ser considerado absoluto, mas de uma pretensão embasada na reparação de um sistema deficiente e excludente que tem sido mais visível com o passar do tempo e que permite a desregulação de direitos e de garantias entre diferentes grupos sociais.

Segue-se que as duas ações mencionadas pleiteiam e buscam o reconhecimento da mesma questão de fundo, qual seja, a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia. A partir do reconhecimento da omissão inconstitucional seguem-se alguns pedidos, veiculados nas duas ações, que dela são consectários. Por isso, convém não simplificar demasiadamente as ações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal e ter ciência de que a criminalização da homofobia e da transfobia pelo próprio Supremo Tribunal Federal é um (primeiro) pedido subsidiário, formulado apenas na hipótese de, dado o prazo razoável para o Congresso Nacional, este continuar omissivo em sua missão constitucional. (SILVA; BAHIA, 2015, p. 200).

Ou seja, o objetivo primário das ações constitucionais tem tão somente o escopo de reconhecer a proteção deficiente das minorias sexuais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista ser constantemente negligenciada pelo Poder Legislativo.

A este, seguem-se os demais pedidos que nada mais são do que consectários lógicos do reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional, a saber: a aplicação analógica da Lei do Racismo às condutas discriminatórias contra LGBTTTI ou no conceito do art. 5º, XLI da Constituição Federal; bem como a fixação de prazo razoável para a manifestação do Congresso Nacional na forma de um projeto legislativo devidamente aprovado que vise a proteção das minorias sexuais. E, por final, em não sendo superada a omissão inconstitucional do Poder Legislativo, sejam as práticas homo e transfóbicas definitivamente incluídas no rol de condutas abarcadas pela Lei n.º 7.716/89¹⁰.

¹⁰ Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. (BRASIL, 1989).

Em verdade, não se pode tomar ambas as ações como meros ritos processuais, limitados às tipificações legais e constitucionais que norteiam a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tão somente a pretensão de instigar o Poder Judiciário a refletir e definir procedimentos específicos para proteções deficientes reassegura e fortalece um movimento crescente de ativismo judicial.

O julgamento da ADO n.º 26 e do MI n.º 4.733, no entanto, passa por diversas situações criteriosas e sensíveis ao ordenamento jurídico como um todo. Inicialmente, e de suma importância, é necessário identificar se de fato a mora legislativa em relação à proteção das minorias sexuais constitui-se em omissão inconstitucional.

Tal fator foi grandiosamente debatido no plenário do Supremo Tribunal Federal, ao longo do trâmite processual das ações pelos ministros e pelos *amicus curiae*¹¹ que auxiliaram a Suprema Corte na deliberação do assunto. Todavia, conforme consagrou o Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, a análise dos pressupostos que possibilitam o reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional com relação às minorias sexuais não pode ser analisada tendo por base tão somente as inscrições literais da Constituição Federal (BRASIL, 2019).

Ao que foi seguido pela apreciação unânime, a mora do Poder Legislativo em conceder especial amparo à população LGBTTTI constitui uma mácula à Constituição Federal, especificamente no que diz respeito à proteção das minorias em geral, conforme é feito em atenção às mulheres, às crianças, aos idosos, aos negros e aos indígenas. Isso porque a ausência de mandamento específico para a criação de marcos normativos para homossexuais, transgêneros, transexuais, etc., não pode superar os fatos de discriminação, de invisibilidade e de vulnerabilidade ao qual esse segmento está inserido.

Ou seja, apesar de inexistir na Constituição Federal uma regra específica que determine ao Congresso Nacional que edite uma lei de proteção às minorias sexuais, a sua ausência acarreta em significativas perdas de direitos e de garantias para a população LGBTTTI, de modo que lhes fere parâmetros mínimos de existência, o que se justifica para a apreciação do Poder Judiciário.

¹¹ Amigo da corte.

Inobstante, a presença de diversas normativas internacionais¹² que dizem respeito à proteção do ser humano e à preservação cultural e históricas das diferenças também não podem ser suplantadas pela ausência do Poder Legislativo em conceder aos grupos vulneráveis especial proteção. Isso porque “[...] em situações determinadas – ou determináveis, a partir de uma específica realidade contextual (social, espacial e temporal) - a ausência de adequada proteção normativa coloca em xeque a própria subsistência do direito no âmbito comunitário.” (FELDENS, 2007, p. 10).

Logo, em frente à ADO n.º 26, foi reconhecida a omissão inconstitucional do Poder Legislativo quanto à necessidade e o mandamento de incriminação ao qual se refere o art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal. E, em se reconhecendo a omissão inconstitucional, sua consequente declaração e a notificação do Congresso Nacional para suprir referida omissão em tempo hábil, conforme é definido pelo art. 103, § 2º, da Constituição Federal e também pela inteligência do art. 12-H, *caput*, da Lei n.º 9.868/99 (BRASIL, 2019).

O reconhecimento da omissão inconstitucional do Poder Legislativo trouxe também consigo a fixação da seguinte tese com efeito vinculante, por meio do acórdão proferido na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26:

[...] 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, **as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989**, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual

¹² Nesse sentido, a título ilustrativo, faz-se menção às seguintes normativas internacionais: Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981; dentre vários outros.

ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. **O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...].** (BRASIL, 2019, grifo nosso).

O fechamento lógico do julgamento levou à parcial procedência de ambas as ações constitucionais, ADO n.º 26 e MI n.º 4.733, com o reconhecimento da mora legislativa em editar norma protetiva das minorias sexuais. Bem como, o enquadramento das condutas homo e transfóbicas nos preceitos penais elencados pela Lei n.º 7.716/89, configurando as práticas discriminatórias contra minorias sexuais ao mesmo patamar daqueles definidos em razão de raça e de etnia. Elucidativa e complementarmente, é a decisão na íntegra do MI n.º 4.733:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. (BRASIL, 2019).

Porém, em se tratando de uma decisão recente, suas repercussões ainda pouco reverberam nos ambientes jurídico e social. Todavia, a análise dos pressupostos atinentes à atuação da Suprema Corte em situações de grande viés político, bem como a verificação de outros critérios que dizem respeito ao racismo propriamente dito, conferem extrema guarida para a validade e a eficácia das decisões, tanto para o Direito quanto para a sociedade em geral.

Os espaços social e jurídico que estejam propensos à adequação de suas condutas a práticas que rechacem todas as formas de preconceito e de violência é o

melhor pressuposto de eficácia da decisão. Entretanto, os vieses que percorrem a decisão do STF não possuem o condão de serem suplantados por meras tautologias, em especial quando se diz respeito a situações ainda tão delicadas como é o racismo para a sociedade brasileira, bem como a homo e a transfobia.

Inobstante, percebe-se que houve verdadeiro avanço nas decisões da Suprema Corte brasileira para a sociedade em geral nas questões envolvendo a proteção das minorias sexuais.

Por meio da aplicação dos remédios constitucionais do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, foi possível suprir, em parte, o dever de legislar do Poder Público e promover a eficácia dos direitos fundamentais intrínsecos à população LGBTTTI. Para tanto, utilizando-se como eixo norteador o conceito de racismo à homo e à transfobia, mas deixando em aberto um espaço atinente à teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

3 O RACISMO E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL COMO PARÂMETROS À HOMO E À TRANSFOBIA NO BRASIL

Por derradeiro, no último capítulo, far-se-á estudo quanto ao comparativo jurídico efetuado pelo MI n.º 4.733 e pela ADO n.º 26 feita em relação ao racismo e à homo e à transfobia, partindo-se de uma análise conceitual e histórica, bem como demais elementos pertinentes à temática. Em seguida, serão observados os posicionamentos realizados por diversos setores, tanto jurídicos quanto da sociedade em geral, com o posicionamento do STF num movimento que se convencionou chamar de ativismo judicial, mas este contemplado a partir da criminalização da homo e da transfobia, dentro do cenário do Estado de Coisas Inconstitucional.

3.1 INTERPRETAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO RACISMO COMO EIXO JURÍDICO DE PROTEÇÃO ÀS MINORIAS

Compreender o racismo, na sociedade contemporânea, parte do entendimento acerca do que é e como ocorre a discriminação. Para Silvio Luiz de Almeida, existem claros contornos que concebem uma diferenciação sistemática entre racismo, preconceito e discriminação racial (ALMEIDA, 2019).

O preconceito, segundo o autor, parte da ideia subjetiva e pré-concebida de que algo é de determinada forma, emanada da consagração e da verificação de estereótipos padronizados e reproduzidos. Assim, seguindo-se ao preconceito, que tem caráter interno e individual surge, via de regra, a manifestação discriminatória.

Na esteira do que seja discriminação, importante aferir que existem duas linhas classificatórias para o tema, a saber, que se trata de discriminação direta ou indireta. A diferença básica entre ambas parte de um único ponto: o ânimo de discriminar. Seria, pois, a vontade subjetiva do tratamento de superioridade para com outro em razão de um vetor diferencial.

Em contramão, portanto, o conceito de discriminação indireta não repercute na esfera da vontade de discriminar, sendo tratada, basicamente, como a ignorância da situação de vulnerabilidade, ou seja, de não conhecer ou de não identificar esse fato

social. Ou, ainda, pela imposição legal de um estado de neutralidade, comumente denominada “*colorblindness*”¹³.

Situações semelhantes, pois, que unem pessoas negras e pardas, vítimas de racismo, às minorias sexuais sobre as quais recaem a homo e a transfobia. Ambas nutrem, em seu âmago, o sentimento de inferioridade e de incapacidade social e jurídica advindos dos dominadores políticos.

Outrossim, a concepção adotada no enfrentamento ao racismo no Brasil parte de uma manifestação imbricada no pensamento coletivo de que a República brasileira se baseia numa democracia racial, partindo-se do ideário da miscigenação de raças que ocorreu (e ocorre). De tal modo, tem-se a construção de uma utopia marginalizada em que os conceitos raciais foram transcendidos pela democracia racial e a moral encontra como princípio consistente e real o tratamento igualitário entre as raças que moldam a população brasileira (MOREIRA, 2017).

Assim, concebe-se erroneamente a informação de que o racismo é uma patologia, tal a ideia que se pretende combater. Em verdade, um mal individual e exclusivo, dirigido a determinados setores da sociedade que se deseja purgar nos discursos claros e cristalinos que se bradam pelo poder dominante.

Ou seja, ainda que não exista o intento e a vontade consciente de discriminar, o discurso pleiteia o sentimento de que as questões raciais foram superadas e não precisam de espaço de debate. Acaba, ainda, por invalidar as políticas públicas e as discriminações positivas, que tenham cunho de equidade, por assim se entenderem as cotas raciais de acesso às universidades públicas.

O discurso, por consequência, logo se volta à materialização de um racismo institucional e outro estrutural. Em paralelo, por exemplo, à internalização do negro propenso ao crime, tem-se a fixação do homossexual ou do transexual como o sujeito responsável pela depravação moral na atualidade.

A consequência da democracia racial, em singelas linhas, é a supressão do debate acerca da discriminação contra pessoas de cor negra dos eixos das políticas públicas, dando vazamento aos ideais de lutas de classe. Seria, basicamente, uma barreira à mobilização política em torno das questões raciais. Avançando,

[...] o racismo é a manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade. O racismo

¹³ “Cegueira racial”, em tradução livre.

fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para a reprodução das formas de desigualdade e violência que moldam a vida social contemporânea. De tal sorte, todas as outras classificações são apenas modos parciais – e, portanto, incompletos – de conceber o racismo. (ALMEIDA, 2019, p. 16).

Logo, o que se concebe da exposição do autor, no objetivo bem perseguido do livro, é que o racismo não se manifesta unicamente nos modelos vivazes, perceptíveis e palpáveis de segregação. Tal fator de discriminação é um elemento das relações sociais contemporâneas. Não se trata de um eixo desvirtuado ou fora da linha que aparece vez por outra no cotidiano das pessoas (ALMEIDA, 2019).

O problema, de fato, não se encontra na concepção jurídica da discriminação escancarada, da violência explícita da segregação, mas sim na inferiorização quieta, velada, que ascendeu de um período pós-Lei Áurea para as pessoas negras até os dias atuais sem a devida atenção. Ou melhor, sem que se percebesse que acabou a escravidão sem se acabar com a escravidão.

Em nenhum momento que lastreia o movimento da abolição da escravidão houve um pronto atendimento do Estado em dar garantias à igualdade racial que se implementava no Brasil com a lei promulgada pela princesa regente. Pelo contrário, a completa ausência de interesse da monarquia culminou na transformação de escravos em mendigos. A população antes subordinada a condições degradantes de trabalho continuou em igual situação.

Isto ocorreu porque “[...] a Lei Áurea careceu de regulamento, cuja finalidade seria explicar a lei para sua correta execução, desenvolver os comandos legislativos, estabelecer as regras e as providências necessárias ao fiel cumprimento e aplicação da lei pelo Estado, ações que a história não assistiu.” (MONTEIRO, 2012, p. 17).

Se o Poder Público não o fez imediatamente, também não o fez com a promulgação da Constituição republicana de 1891. Desta vez, o instrumento constitucional trouxe consigo a aplicação da faceta formal da liberdade, inscrevendo que “Todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1891). Não se preocupou, contudo, de fomentar garantias sociais aos escravos recém-libertos.

Nesse sentido, se historicamente o Poder Legislativo ignorou a situação dos negros no Brasil, fomentando a marginalização dessa minoria social, conforme se percebe pela evolução do sistema constitucional em tempos idos, tampouco se preocupou em analisar ou debater acerca de outros grupos vulneráveis e minorias que

ganharam espaço de debate e participação política com os vindouros anos, inclusive com a população LGBTTTI.

Constata-se que a internalização social e jurídica do preconceito contra o negro é a mesma vertente que permite a manutenção de diretrizes legais de exclusão das minorias sexuais, a partir da leitura das teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal. O que se infere das relações sociais é que, imperceptivelmente, a discriminação se consolidou nas bases da sociedade atual, moldando-se de acordo com o surgimento de diferentes grupos sociais.

Situação esta que afasta a realidade fática do texto normativo constitucional, implicando necessariamente em uma conturbada e, por vezes, confusa mescla entre direito e política que, se inadequadamente sopesada, pode-se repercutir negativamente ou de maneira incorreta nas relações entre os Poderes, conforme melhor será ilustrado adiante. Exatamente em razão do *déficit* representativo das minorias, sobretudo nos espaços de decisão e de poder, o debate judicial acerca da proteção aos grupos vulneráveis ganha amplo espaço jurisprudencial, sobretudo perante o STF.

Veja-se que na discussão acerca do racismo perante a Suprema Corte brasileira, é de salutar importância observar um dos maiores precedentes do Poder Judiciário brasileiro, no que diz respeito ao combate à discriminação e à proteção dos grupos vulneráveis no Brasil. Trata-se do processo de *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, julgado pelo STF em 2004 e que ficou conhecido como “Caso Ellwanger”, conforme ementa do julgamento:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. **Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua**

vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos 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. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 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. **8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.** 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. 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. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada 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. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo

do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. 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 reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (BRASIL, 2004, grifo nosso).

No caso, Siegfried Ellwanger foi condenado nos moldes da Lei n.º 7.716/89, Lei do Racismo, pela disseminação de conteúdo antissemita nos livros que publicou. De acordo com a Suprema Corte, a interpretação da lei federal, no sentido em que abarcou a proteção à diversidade racial, não o fez tão somente em detrimento de negros e de indígenas. Pelo contrário, emanando-se de uma interpretação sistêmica das normas promulgadas pela Constituição Federal, pode-se conceber a partir de seus princípios, que todos os grupos vulneráveis devem ser objeto de especial proteção, inclusa, então, contra a homo e a transfobia.

Isso porque foi a evolução legal da Lei do Racismo que se chegou ao seu objeto atual, qual seja, a punição dos "[...] crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional." (BRASIL, 1989). Logo, é visível que os conceitos e as situações abarcados por determinada norma estão propensos a uma evolução interpretativa, de modo que seu espaço de atuação não fique estagnado e congelado no tempo, adaptando-se às novas manifestações da realidade social (SBROGIO'GALIA, 2006). Nesse sentido, é importante observar que:

[...] os métodos interpretativos utilizados foram o gramatical (semântico) - haja vista ter se buscado na própria palavra "racismo" a sua definição; o histórico, por meio do qual tentou se reconstruir a inclusão de emenda à Constituição Federal sobre racismo, no período da Assembleia Constituinte; em seguida o teleológico, de modo a extrair/aplicar interpretação harmônica da Constituição Federal, tendo em vista os princípios fundamentais da república federativa, os princípios que regem a ordem internacional, e o possível conceito jurídico-penal do crime de racismo. (OLIVEIRA, 2015, p. 52-53).

Logo, percebe-se que o STF, na análise do caso Ellwanger, utilizou apurada sistemática para partir do conceito abstrato inscrito no art. 1º da Lei n.º 7.716/89 sobre o racismo para apurar as nuances contraídas nos cenários jurídico e social contemporâneos. Com esse apoio, percebeu-se que novas minorias sociais, cujo

alcance político foi intensificado a partir da promulgação da Constituição Federal, também deveriam estar abarcadas por especial sistema de proteção.

Inobstante a ausência de normas regulamentadoras específicas desta proteção, tornando-a, se não nula no plano fático, deficiente, constitui vício dos direitos fundamentais ante às inscrições contidas na Constituição Federal, especialmente no tocante à proteção da vida e da dignidade humana. Contudo, não apenas no ordenamento interno, subsistem reforços para a ampliação da decisão conferida pelo *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS.

Conforme se depreende da própria ementa, as disposições num cenário político internacional, de integração e de solidariedade, não permitem que o ordenamento jurídico se mantenha silente com relação à vulnerabilidade de seus indivíduos. Para tanto, vale-se de situações semelhantes no direito comparado de modo a combater qualquer brecha ou obscuridade no texto legal que permita a incitação do preconceito ou da discriminação, por quaisquer fatores que sejam.

Se o discurso racista se baseia numa premissa social, cultural e religiosamente construída a partir de dogmas da superioridade da raça branca sobre os negros, o mesmo ocorre com judeus e também com as minorias sexuais. Independente de análise acerca do maior ou menor grau de (in)tolerância, todas as formas de discriminação têm origem num segmento que parte das ideias individuais pautadas em sentimentos internos se direcionando para a manifestação cultural, até a formação intelectual do discurso de intolerância (BORRILLO, 2010). Nesse sentido, percebe-se que:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se da ideologia racista, classista ou antissemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções (crenças, preconceitos, convicções, fantasmas...) de condutas (atos, práticas, procedimentos leis...) e de um dispositivo ideológico (teorias, mitos, doutrinas, argumentos de autoridade...). (BORRILLO, 2010, p. 34-35).

Explicando: a base que enseja toda e qualquer forma de manifestação discriminatória funda-se na pretensão de um grupo social sobre outro para a proteção de formas que entendem ou presumem verdadeiras. É dizer-se ser natural, por qualquer motivo cultural ou social que possa ser suscitado, a disposição apenas de

famílias compostas por casal de gêneros distintos. Bem como, apontar pela separação social entre pessoas brancas e negras.

Nessa vertente, o que se percebe, com relação aos discursos que incitam a discriminação e o preconceito contra minorias sexuais é a presença de um medo dos grupos políticos dominantes em perderem seu próprio espaço. Isso porque:

[...] o que a visibilidade e a mobilização política das minorias sexuais efetivamente ameaçam são as *fantasias de poder* e as *fantasias de identidade* cultivadas nestes discursos. Por um lado, os discursos de fundo religioso aqui referidos procuram orquestrar consensos em defesa de valores que, a partir de tal ponto de vista, deviam ser universalmente difundidos e aceitos. Por outro, trata-se senão da defesa de interesses, ao menos da manutenção de privilégios exclusivos que são concedidos a um grupo hegemônico de pessoas às quais é atribuída a identidade de “heterossexuais”, em detrimento dos direitos sexuais e reprodutivos da minoria LGBT.

Está se falando, em última instância, de um grande conjunto de prerrogativas restritas aos heterossexuais, que vão desde o direito à expressão pública de afeto até a possibilidade de adoção conjunta de crianças por casais de pessoas do mesmo sexo. O enfrentamento em face dos avanços ensaiados pelo movimento LGBT na esfera pública e as táticas de prevenção e supressão do *homossexualismo* na esfera privada entrelaçam-se com processos de produção e difusão de estereótipos negativos sobre a diversidade sexual. Resistências conservadoras são galvanizadas em torno de justificações religiosas, evidenciando tentativas de calar as minorias sexuais que tomam a voz na esfera pública, reivindicando reconhecimento e promoção da equidade. (NATIVIDADE; OLIVEIRA, 2009, p. 158).

Logo, visualiza-se que o viés discriminatório continua o mesmo quando equiparados socialmente: racismo, homofobia e transfobia. Trata-se da oposição de um grupo dominante em contraposição a uma parcela minoritária da população, que busca ampliar seu espaço de participação política, de fala e de representatividade social.

Elucidando, enquanto brancos dominaram o cenário cultural e político (e ainda dominam) ao longo dos séculos, propiciaram a desumanização das pessoas de cor diversa da sua, relegando-as por critérios religiosos de sua conveniência: de valores primitivos, de subversão e de subvalorização de sua própria identidade, renegando-lhes princípios culturais e individuais de primazia do ser humano. Visualizando-se pela óptica de proteção aos grupos vulneráveis, aplica-se o mesmo fundamento para ver o sentido lógico que leva à implementação da misoginia e, também, da homofobia e da transfobia.

As nuances que se alteram são aquelas que identificam os sujeitos, enquanto opressores e oprimidos, bem como o viés ideológico que fundamenta os seus

objetivos ou conceitos. Nesse sentido, contudo, permanece o medo ou a fobia dos brancos, homens ou heterossexuais, de ver seu próprio espaço suprimido, por menor que seja, pelos agentes que procuram buscar seu espaço social.

Nesse sentido, de grande pertinência observa-se a manifestação da Procuradoria-Geral da República ao denotar acerca do compromisso constitucional do legislador primário na tentativa de erradicar todas as formas de discriminação, no intuito de alcançar efetivamente a igualdade material e o devido reconhecimento das diferenças que são próprias dos grupos vulneráveis. Transcrevendo o recorte feito: “[...] não se trata de defender tipificação por meio de analogia *in malam partem*, mas de interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos [...]” (BRASIL, 2019).

Na esteira da opinião da Procuradoria-Geral da República, todavia, calham observações de grande pertinência quanto à conveniência da decisão do STF em reconhecer as práticas discriminatórias contra LGBTTTI no conceito de racismo consagrado pela Lei n.º 7.716/89. Em que pese seja reconhecida a aplicabilidade dos institutos, surgem questionamentos acerca da atuação do Poder Público como um todo, os quais serão devidamente demonstrados e explicitados a seguir.

A impertinência dos movimentos que evidenciam o racismo, a homofobia e a transfobia no cenário social gozam do mesmo incômodo para com os grupos dominantes. Isso porque, brancos e heterossexuais possuem o:

[...] privilégio de não-marcação, a possibilidade de confundir sua própria construção identitária particular com a humanidade, de apresentar essa construção singular como modelo e norma universais, expressão de desígnios divinos – em uma frase, tomar a parte pelo todo. Ser obrigado a reconhecer que existem pessoas diferentes de si mesmo, e que essa diferença não é sinônimo de inferioridade e anormalidade, pode ser uma fonte de desconforto para os sujeitos, na medida em que desestabiliza as certezas que davam suporte à sua percepção do mundo e de si mesmo. (NATIVIDADE; OLIVEIRA, 2009, p. 155-156).

Assim, na linha de raciocínio, percebe-se que a manutenção do racismo, da homofobia e da transfobia, dentro do cenário contemporâneo, decorre das vorazes tentativas desses grupos vulneráveis de se fazerem enxergar. De deixar para trás todos os discursos e os debates que revolvem e sustentam a superioridade dos grupos majoritários da sociedade civil, abrindo deixas para prover sua representação, seu

espaço de luta e a conquista de direitos fundamentais efetivos. Protegendo, acima de tudo, suas próprias vidas, suas identidades coletivas e individuais, dentre outros.

Por isso, inobstante a proteção conferida pela Lei do Racismo no julgamento do Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, a partir de uma interpretação contemporânea e sistemática do conceito esculpido pela lei, percebe-se que os problemas decorrentes da violência contra minorias sexuais não são superados apenas pela manifestação da Suprema Corte. Em verdade, a homo e a transfobia são um desafio complexo que deve ser encarado como Estado de Coisas Inconstitucional pelo Poder Judiciário.

3.2 O DESAFIO DA HOMO E DA TRANSFOBIA COMO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

A partir da decisão do STF, por meio da ADO n.º 26 e do MI n.º 4.733, reconhecendo a aplicabilidade da Lei do Racismo aos crimes praticados contra minorias sexuais, reconhece-se a mesma como parâmetro de combate à homo e à transfobia. Todavia, a abrangência do julgamento em conferir efetividade aos direitos fundamentais da população LGBTTTI permanece, uma vez que o grupo continua afastado dos cenários das políticas públicas.

Conforme observa-se ao redor do globo, nas últimas décadas, tem-se intensificado a judicialização da política perante as Cortes Constitucionais, malgrado tratar-se dos bloqueios políticos inseridos pelo Poder Legislativo para a implementação dos necessários e pertinentes debates acerca, sobretudo, dos grupos vulneráveis.

Tais bloqueios, em primazia, dizem respeito ao crescimento da formação de setores conservadores dentro dos espaços legislativos. Assim, o anseio pelos debates de proteção aos direitos dos vulneráveis, aí inclusas além das minorias sexuais os apenados e refugiados, tem o condão de desgastar o espaço político dos agentes legislativos, criando verdadeira reprovação social.

Dessa forma, a ausência da atuação política, tanto por parte do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo, acaba por intensificar as omissões inconstitucionais no tocante à efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, retomando as críticas tecidas pelo professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o dever do legislador “[...] deve ser configurado também como dever de proteção suficiente dos direitos e liberdades fundamentais, tutelável e exigível pela jurisdição

constitucional independentemente da estrutura do enunciado correspondente.” (CAMPOS, 2019, p. 61). Isso porque,

Deve-se ter atenção maior a critérios de ordem material, porque os direitos fundamentais, para deixarem de ser “direitos de papel”, necessitam de proteção e promoção estatal, principalmente a legislativa, independentemente de como foram configurados os enunciados constitucionais correspondentes, inclusive se, semanticamente, foram classificados como normas autoaplicáveis.

A omissão estatal não viola, simplesmente, um enunciado normativo constitucional, mas impede a atuação concreta da norma constitucional correspondente e do direito fundamental veiculado. (CAMPOS, 2019, p. 60).

A atuação dos Poderes Públicos na persecução material e fática dos direitos fundamentais propicia o movimento de judicialização da política e do ativismo judicial das Cortes Constitucionais, sobretudo. Em outras palavras, o ativismo ou protagonismo judicial nada mais é do que um resultado direto da desídia legislativa e executiva em prover os direitos fundamentais, especificamente no tocantes às minorias sociais, posto que,

[...] a omissão tanto do Poder Legislativo em legislar acerca de questões polêmicas devido aos custos políticos, quanto a omissão do Poder Executivo na implementação de políticas públicas vinculantes por força do texto constitucional, acabam, inevitavelmente, proporcionando a judicialização da política, empurrando o Poder Judiciário ao dilema de sopesamento e ponderação de valores constitucionais que terminam por ingressar num voluntarismo de afirmação do texto constitucional segundo interpretações criativas e amplas. (ANDREA, 2018, p. 119).

Nessa esteira, acentuando-se no início do século XXI, a divergência de posicionamentos da Suprema Corte para com os demais poderes tem permitido a alta demanda de atuação do Poder Judiciário em situações políticas e sociais que poderiam ser melhor atendidas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

De acordo com Andrei Koerner, esse movimento de ativismo do STF deve-se à vacância do Poder Público em matérias constitucionais no momento de formação, consolidação e transposição do regime democrático na década de 1980 (KOERNER, 2013). Ou seja, as atividades do STF a partir de então adotam cada vez mais um espaço que preferencialmente deveria ser ocupado pelos Poderes Legislativo e Executivo, no que toca à tomada de decisões políticas e legislativas, como é o caso da proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais.

Todavia, Susana Sbrogio’Galia observa que as normas devem se refletir a partir da realidade social que pretendem ou devem incidir, de modo que seu domínio

normativo está fadado a ser readequado. No entanto, na ausência de revisão ou readequação dessas leis ou princípios por meio do exercício legislativo, administrativo ou político, tal incumbência acaba recaindo à jurisdição que deve primar pelo atendimento das demandas que prontamente emitem repercussões na esfera fática. A esse fenômeno, trata-se como atividade interpretativa evolutiva (SBROGIO’GALIA, 2006).

A atividade do Poder Judiciário, nessa seara, acaba tornando os órgãos de controle judicial em balizas dos grupos vulneráveis para a atuação na busca da concretização de seus direitos fundamentais. Tal situação deve-se ao fato de que:

[...] a violação a direitos fundamentais de grupos vulneráveis apresenta-se de tal forma reiterada e sistêmica em função de uma paralisia das esferas legislativas e administrativas, que se verifica uma completa “falha estrutural” da orquestração entre os órgãos e poderes públicos. Não há coordenação e prevalece o bloqueio político e institucional. Diante de quadros tão complexos e graves só resta a utilização de “remédios estruturais”, que encontram no Poder Judiciário o órgão independente e imparcial para liderar uma coordenação institucional e restabelecer o diálogo interinstitucional. (ANDREA, 2018, p. 26).

Explicando: o cenário político do governo, tanto perante o Poder Legislativo quanto perante o Poder Executivo, acaba por constituir barreira tão perversa à concretização dos direitos fundamentais que as pretensões dos grupos vulneráveis derradeiramente recaem sobre o Poder Judiciário, como se verificou pela homo e transfobia. Observa-se que a ausência de interesse ou os temores políticos por legislar acerca de matérias sensíveis à população em geral, sobretudo diante do fomento de setores conservadores na sociedade civil, obstrui a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais.

A partir daí, reaparece a necessidade de avaliar a omissão do legislador tendo em vista a distância que se estabelece entre o mundo fático e as disposições constitucionais. No caso das minorias sexuais, tal cenário é tão acentuado, considerando o grande avanço dos crimes motivados pelo desprezo ao grupo, que a mora do Poder Público em implementar ou concretizar políticas públicas pressupõe um problema estrutural dos governantes para com a população LGBTTTTI. Conforme reforça Carlos Alexandre de Azevedo Campos,

[...] a ausência de efetividade desses direitos [fundamentais] pode decorrer não propriamente da falta de lei, e sim da falta de coordenação entre legislador, órgãos e entidades públicas, responsáveis por regulamentar e dar concreção aos comandos legais, o que resulta na falência prática da própria

lei e, por decorrência, das normas constitucionais sobre direitos. A solução da omissão, nesses casos, não pode ser imposta a um único órgão, e isso porque a omissão em proteger e promover direitos fundamentais decorre de **falhas estruturais**. (CAMPOS, 2019, p. 96-97, grifo do autor).

Quando deparados, assim, pelo contexto fático no qual perduram de maneira reiterada e sistêmica as violações aos direitos fundamentais de um amplo espectro da população em geral, está-se diante do que se denomina Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Instituto surgido perante a Corte Constitucional da Colômbia (CCC), na década de 1990, quando constatou a possibilidade de congestionamento do Poder Judiciário colombiano com o ajuizamento das nominadas *acciones de tutela*¹⁴, instrumento processual pelo qual os cidadãos podem demandar diretamente em juízo reclamando o descumprimento e a inobservância de direitos fundamentais (ANDREA, 2018).

Dessa forma, a Corte verificou que existem situações graves de violações a direitos fundamentais que não interessam somente a um ou outro sujeito processual, mas a grande segmento da população. Exigir uma solução caso a caso poderia acarretar em decisões conflitantes ou incapazes de prover com isonomia a superação da mácula. A declaração de ECI, nesse cenário, apresentou-se como alternativa viável para superar os bloqueios decorrentes dos demais Poderes na concretização das diretrizes constitucionais colombianas (ANDREA, 2018).

Desde sua primeira aplicação na *Sentencia de Unificación*¹⁵ SU-599, de 1997, houve grandes avanços em relação ao que se considera e configura ECI, bem como pequenos retrocessos que se mostraram relevantes para o progresso da CCC na busca pela efetivação dos direitos fundamentais (ANDREA, 2018).

De acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos, a evolução do ECI no sistema constitucional colombiano pode ser verificado em três períodos distintos: o primeiro, marcado pela definição, fundamentos e pressupostos do instituto, abrangeu os primeiros anos nos quais foi o ECI empregado nas decisões da Suprema Corte Colombiana; o segundo é definido como o período mais conservador do Poder Judiciário colombiano e de insignificância das decisões declaratórias de ECI, tendo em vista o pouco alcance tomado; ao passo que, por final, surge uma revitalização

¹⁴ Ações de tutela.

¹⁵ Sentença de Unificação.

das decisões da CCC tomando como base o ECI a partir da *Sentencia* n.º T-025¹⁶, de 2004, marcando o aprofundamento das questões envolvendo a teoria e a melhor delimitação pelo órgão judiciário colombiano (CAMPOS, 2019).

A partir daí, surge uma teoria mais concreta e melhor definida acerca do Estado de Coisas Inconstitucional, podendo-se visualizar com maior adequação ao sistema processual sua forma de inserção, seus limites e seus objetivos. Veja-se que a partir da *Sentencia* n.º T-025, de 2004, no qual a CCC visualizou a inconstitucionalidade da situação dos grupos vulneráveis deslocados de maneira forçada dentro do próprio país, foram elencados os requisitos de maneira clara e objetiva para o reconhecimento do ECI. Nas palavras da própria Corte Colombiana, são eles:

- (i) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas;*
- (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos;*
- (iii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado;*
- (iv) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.*
- (v) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante;*
- (vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se producirá una mayor congestión judicial.*¹⁷ (COLOMBIA, 2004, apud ANDREA, 2018, p. 52).

¹⁶ O caso analisado pela CCC, quando da elaboração da *Sentencia* n.º T-025, datada de 22/01/2004, tem por base fática a situação enfrentada por milhares de pessoas, aproximadamente três milhões de pessoas que foram obrigadas a se deslocar internamente em razão da proliferação da violência dentro do país (CAMPOS, 2019). Gianfranco Faggin Mastro Andréa observa que a violação aos direitos fundamentais, nesses casos, é da vida e da integridade física das pessoas obrigadas a se deslocarem internamente, em razão da constante presença de grupos ligados ao narcotráfico, bem como das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc), organização paramilitar de guerrilha (ANDREA, 2018).

¹⁷ (i) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos constitucionais que afeta a um número significativo de pessoas;
 (ii) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir os direitos;
 (iii) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela como parte do procedimento para garantir o direito violado;
 (iv) a não expedição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a vulneração dos direitos;
 (v) a existência de um problema social cuja solução compromete a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e exige um nível de recursos que demanda um esforço orçamentário adicional importante;
 (vi) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema acudirem à ação de tutela para obter a proteção de seus direitos, se produzirá uma maior congestão judicial.

Percebe-se, portanto, que a análise da situação fática para o reconhecimento e a declaração de uma situação como Estado de Coisas Inconstitucional parte de quatro pressupostos: a existência de um quadro de vulneração contumaz, reiterada e sistêmica de direitos fundamentais de um número amplo de pessoas; a persistente omissão do Poder Público em resguardar os direitos violados; a necessidade de adoção de providência por um conjunto de órgãos, não somente por uma única entidade; e ao risco de congestionamento do Poder Judiciário nas buscas individuais de solução dos problemas (CAMPOS, 2019).

Observe-se, nesse sentido, que o ECI parte da premissa de que as omissões do Poder Público não decorrem tão somente de uma interpretação semântica formal das ordenações impostas pelo constituinte, mas sim da análise da situação fática a qual estão expostos os direitos e seus agentes, como o seria em atenção à proteção dos direitos fundamentais da população LGBTTTI. Em outras palavras, “[...] as omissões estatais inconstitucionais [...] devem ser reconhecidas não em função pura e simplesmente do texto normativo, mas também das deficiências da transformação desse texto em realidade normativa.” (CAMPOS, 2019, p. 193).

No final, o Estado de Coisas Inconstitucional acaba não como forma ou ação judicial, mas como técnica de decisão “[...] pela qual cortes produzem uma norma declaratória da contradição insuportável entre texto constitucional e realidade social.” (CAMPOS, 2019, p. 192). O objetivo, puro e em si, é a superação da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da ausência de amparo do Poder Público em sua agenda.

Nesse sentido, o Poder Judiciário é tomado como mola propulsora dos demais poderes, incumbindo-lhe a tomada de iniciativa para resolver as violações constantes dos direitos fundamentais e romper os bloqueios políticos ou institucionais ou orçamentários dos quais são acometidas as agendas de governo do Poder Legislativo e Executivo, bem como de seus órgãos, se necessário. Ou seja, influenciar os demais poderes na superação do preconceito e da discriminação velados e quietos que circunspectam o debate das minorias sexuais na seara das políticas públicas, no caso em análise.

Veja-se, a partir da evolução produzida pela *Sentencia* n.º T-025 que a Corte Constitucional Colombiana também modifica os efeitos que a decisão que reconhece o ECI produz. Tal situação é decorrência direta da falta de frutos produzidos pelas

decisões declaratórias de ECI ocorridas entre 2000 e 2004, momento no qual suas sentenças acabaram desprovidas de tecnicidade material.

A partir de então, o Poder Judiciário não atua como instância última na decisão de declaração para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional. Pelo contrário, ao declarar a situação, a CCC avoca para si tão somente o impulsionamento e a supervisão das políticas públicas a serem adotadas, atuando apenas como revisor e intermediador das decisões.

Isso é resultado de experiências infrutíferas, como a *Sentencia* T-153, de 1998, que reconheceu o sistema carcerário colombiano como ECI e tratou do tema e das medidas impostas ao Poder Público em geral com muita austeridade e com verdadeira sobreposição de funções, emitindo ordens diretas e específicas a todos os órgãos envolvidos. O resultado dessa investida foi inexitoso em resolver a situação de violação dos direitos fundamentais dos apenados na Colômbia, uma vez que, posteriormente, a CCC reconheceu a permanência do ECI nessa situação (ANDREA, 2018).

A evolução, assim, das decisões de ECI permite concluir que seu objetivo “[...] não é o de transformar o Judiciário em um superpoder capaz de elaborar e executar políticas públicas, mas sim garantir que, [...], tenha-se a efetiva concretização de direitos fundamentais.” (ANDREA, 2018, p. 73).

Ou seja, incumbe ao Judiciário, na esteira executória da decisão que reconhece o ECI, tão somente coordenar os poderes de maneira íntegra e coordenada, revisando seus atos para avaliar seus progressos, para evitar ou diminuir retrocessos na execução das políticas públicas. Estas devem ser formuladas e atribuídas aos órgãos responsáveis, mas organizadas por meio de ordens gerais, abstratas e flexíveis emanadas pelo Poder Judiciário.

Conforme explica Edenildo Souza Couto, “[...] o juiz constitucional exarará vários comandos mandamentais a serem obedecidos pelos órgãos dos outros Poderes, com vistas a corrigir as falhas estruturais do Estado, para que seja afastada a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais.” (COUTO, 2018, p. 80). A esse fenômeno, o qual próprio da decisão que reconhece o ECI na sua formulação adequada pela CCC, dá-se a figura do ativismo judicial dialógico.

O que lhe é próprio de uma atuação que afasta quaisquer vícios capazes de levar o ECI a formular uma teoria da supremacia do Judiciário é a habilidade que se

confere a este para dialogar com os demais na busca da melhor solução para a violação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os bloqueios inerentes às críticas oferecidas perante a atuação das cortes constitucionais nos casos de ECI, como a inadequada intromissão do Poder Judiciário nas atividades típicas dos demais poderes. Tais comentários, contumazes na avaliação da ADO n.º 26 e do MI n.º 4.733, terminam afastados, uma vez que o ativismo judicial dialógico, próprio das decisões que reconhecem o ECI, tem-se como legítimo, dentro do cenário formulado pela CCC, uma vez que:

[...] essas condições [pressupostos do ECI], uma vez satisfeitas, refutam as objeções de ordem democrática e institucional ao exercício do ativismo judicial. Os pressupostos do ECI – a violação massiva de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais e por essas agravada – servem para pôr em xeque a objeção segundo a qual o legislador e o administrador são os mais legitimados e institucionalmente capacitados para assegurar e proteger direitos fundamentais. Além do mais, envolvida violação de direitos de grupos marginalizados e sub-representados, é de se duvidar que a intervenção judicial possa prejudicar o autogoverno popular onde esse não existe! Por sua vez, a prática de diálogos institucionais possui o condão de minimizar riscos de supremacia judicial. (CAMPOS, 2019, p. 253).

Por isso, é de se referir “[...] que o ativismo estrutural dialógico decorrente de declaração de estado de coisas inconstitucional corresponde à interferência legítima do Poder Judiciário [...]” (COUTO, 2018, p. 82). Tal intervenção, sintetizando o exposto, baliza-se pela necessidade de concretização e de efetivação dos direitos fundamentais que se encontram ameaçados ante a omissão do Poder Público. Esta pode decorrer da permanência de bloqueios institucionais, ou políticos, ou orçamentários que impeçam a formulação, o planejamento ou o desenvolvimento de políticas públicas de maneira apta a satisfazer a norma constitucional para com a realidade social. Em síntese,

[...] a Corte Constitucional deve agir como mola propulsora para retirar da inércia os demais poderes e superar os bloqueios políticos e institucionais, proferindo decisão que determine a realização de um plano ou programa pelos respectivos poderes, sem detalhar as políticas públicas a serem realizadas, respeitando com isso o caráter democrático e o princípio da separação de poderes (objeções democráticas), bem como possibilitando o desenvolvimento das capacidades institucionais de cada órgão (objeções institucionais), para, mesmo após a sua decisão, manter a jurisdição sobre a causa e realizar um acompanhamento ou monitoramento da implementação dos planos, realizando audiências públicas, para proporcionar a participação da sociedade civil e prestação de contas dos poderes e órgãos públicos. (ANDREA, 2018, p. 166-167).

No sistema constitucional brasileiro, conforme explica Gianfranco Faggin Mastro Andréa, a melhor adequação do Estado de Coisas Inconstitucional ao sistema processual é por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), regulamentada pela Lei n.º 9.982/1999. Essa ação, de competência do STF, melhor corresponderia às expectativas de enfrentamento das falhas estruturais e proporcionaria maior leque de ferramentas nesse auxílio (ANDREA, 2018).

Nesse sentido, também, a melhor forma de se explorar o ECI no cenário constitucional brasileiro por meio da ADPF deve-se ao fato que “[...] o ECI se diferencia de mera declaração de inconstitucionalidade por omissão com recomendação ao legislador [...]” (ANDREA, 2018, p. 66). Isso porque ao ser necessário manter a observância na persecução das políticas públicas, o ECI afasta-se sobremaneira dos limites de atuação judicial que são conferidos legalmente aos instrumentos do controle de constitucionalidade abstrato e difuso, permitindo uma interação conjunta dos poderes para a superação de problemas como a homo e a transfobia.

Na importação do ECI para a corte constitucional brasileira, houve grande êxito em sua avaliação, quando do julgamento liminar da ADPF n.º 347, o qual insurge contra as sistêmicas violações causadas pelo sistema carcerário brasileiro, uma vez que os ministros do STF souberam extrair da fórmula colombiana os seus requisitos e pressupostos, adequando-os à realidade do país. Veja-se, no objetivo e a partir do que se convencionou acerca da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional, dentro de um cenário democrático equilibrado, a situação do sistema carcerário é insuportável.

Dessa forma, é notório e crítico o quadro de descompromisso do encarceramento penal com os direitos fundamentais dos apenados. Situação esta que ensejou o reconhecimento internacional da inefetividade das políticas públicas penais e a completa corrupção dos seus objetivos na tradicional ideia de caráter punitivo, coercitivo e pedagógico.

Ademais, considerando o viés proeminentemente punitivista que vem tomando a sociedade brasileira, as questões que tratam de melhorias e garantias àqueles que são submetidos ao sistema carcerário padecem de profunda ausência de empatia. O fundamentalismo e o conservadorismo que abraçam os Poderes Legislativo e Executivo impedem a persecução de melhores condições, tendo em vista o grande desgaste político que envolve discutir a matéria, bem como a ausência de alocação suficiente para acudir esse conjunto de pessoas.

Por isso, o pedido do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), por meio da ADPF n.º 347, ajuizado em maio de 2015, consiste em verificar as condições do sistema carcerário brasileiro como Estado de Coisas Inconstitucional. E, então, formular dialogicamente as mais viáveis e propícias políticas públicas para a melhora dos presídios do país (BRASIL, 2015).

Analisando o pedido liminar da ação e afastando-se sobremaneira dos seus eixos, mas vinculando-se à proposta de ECI ajustada pela Corte Constitucional Colombiana, “[...] tem-se que o STF aplicou corretamente a figura do ECI colombiano, deixando de se imiscuir em questões que devem entrar no Plano Nacional a ser elaborado pelos próprios órgãos competentes a partir da decisão de mérito [...]” (ANDREA, 2018, p. 168).

Dessa feita, incumbiria ao Poder Judiciário avaliar a situação do sistema carcerário como órgão coordenador, emitindo mandamentos abstratos e gerais para os demais poderes. Assim, a partir de uma atuação estrutural dialógica, fomentar o Poder Público para a conquista de políticas públicas que satisfaçam a ordem constitucional e sejam capazes de superar as constantes violações dos direitos fundamentais dos apenados no Brasil. Na mesma esteira, teria condão de trazer à tona o debate acerca do espaço do Poder Judiciário em questões envolvendo minorias sociais, inclusa a população LGBTQTTTI.

Seguindo os passos da CCC, todavia, o STF não foi capaz de suprir a violação sistêmica dos direitos fundamentais presentes no sistema carcerário. Em que pese não tenha caído no vício que acometeu a suprema corte colombiana ao analisar a mesma situação em seu país, o STF pecou na última etapa do ECI, o qual sim se reveste como verdadeiro compromisso do Poder Judiciário com a superação da inconstitucionalidade (CAMPOS, 2019).

A decisão, como já aponte, foi em si autocontida, e a incorporação da técnica do ECI à jurisprudência do Tribunal não atraiu exageros ativistas, arbítrios judiciais, tão temidos pela doutrina crítica. Na realidade, o risco da inefetividade, acima abordado, se revelou uma grande realidade e muito em razão de certa paralisia do Tribunal quanto ao tema. O pós-MC na ADPF 347 tem sido uma grande decepção. O Supremo sequer buscou pensar novas estruturas “de apoio ou mecanismos para auxiliar suas ações no julgamento da ADPF nº 347, ao contrário do que se verifica em outros países em que a experiência com as ações estruturais tem produzido alguns resultados positivos”. Na realidade, o processo em si muito pouco evoluiu. (CAMPOS, 2019, p. 340).

Embora o intuito não seja o de se aprofundar na ADPF n.º 347, especificamente, é necessária uma breve análise sobre a mesma para que se possa encarar o desafio da homofobia e da transfobia no Brasil.

Em que pese a viabilidade do Poder Judiciário brasileiro em sua posição de adotar a homofobia e a transfobia como vieses do racismo e, de tal forma, realizar seu enquadramento na Lei n.º 7.716/89, este fato deve ser encarado criticamente. Com a crescente judicialização da política e a legitimidade do Judiciário em resolver situações circunspectas pela invisibilidade das minorias, acarretando sua inserção no campo das políticas públicas, a utilização do Direito Penal para a superação das violações dos direitos fundamentais pode não surtir os efeitos esperados.

Pelo contrário, a complexa vulneração das minorias sexuais exige a atuação conjunta dos órgãos do Poder Público para a possibilidade de frear o quadro sistêmico de violação de seus direitos fundamentais. Tal atuação deve se pautar em mecanismos que retirem o manto da invisibilidade dessa minoria e seja capaz de propulsar políticas públicas efetivas, deixando para acionar o Direito Penal somente em *ultima ratio*.

Logo, apesar do êxito alcançado pelo Supremo Tribunal Federal ao estender a proteção da Lei do Racismo às minorias sexuais, utilizando-a como parâmetro de resguardo à população LGBTTTI e de coibição à discriminação e à violência, é visível a persistência de bloqueios institucionais contra esse segmento. Tanto pelas críticas efetuadas acerca da intromissão do Poder Judiciário, a homo e a transfobia permanecem como desafios públicos, os quais, na óptica do Estado de Coisas Inconstitucional, podem ser superados pela atuação estruturante e dialógica da Suprema Corte para com os demais Poderes.

CONCLUSÃO

A criminalização da homo e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Lei de Racismo e do Estado de Coisas Inconstitucional consistiu no tema da presente pesquisa. Pautada e delimitada pelo Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, à luz da Constituição Federal de 1988, estabeleceu parâmetros no tocante à proteção de grupos vulneráveis e minorias sociais.

O objetivo do trabalho se deu na verificação da legitimidade da criminalização da homo e da transfobia para o resguardo e a tutela dos direitos fundamentais da população LGBTTTI. Para tanto, o problema norteador do estudo repousou na inquietação da existência de amparo para os direitos e as garantias das minorias sexuais, a partir da inserção da homo e da transfobia baseada no conceito legal de racismo, no esboço oportunizado pelas decisões de Estado de Coisas Inconstitucional, oriundas da Corte Constitucional Colombiana.

A questão envolvendo tais segmentos se revela, no Brasil, de contumaz importância social e jurídica. No caso específico das minorias sexuais, os altos índices de violência, os quais resultam em aproximadamente uma morte a cada 28 (vinte e oito) horas, demonstram a profunda mácula e violação a direitos constitucionalmente consolidados.

Inicialmente, a primeira parte da monografia, debruçou-se sobre a compreensão dos grupos vulneráveis e das minorias sociais, na esfera do princípio da igualdade e da dignidade, no contexto dos direitos fundamentais, confrontando com a invisibilidade social e jurídica destes grupos marginalizados, como vetores da manutenção da violência.

Em verdade, inobstante exista a expressa previsão dos direitos fundamentais na Constituição Federal dotados de autoaplicabilidade, eles não gozam de efetividade suficiente para alcançar esses grupos minoritários da sociedade. Nesse sentido, a necessidade de reconhecer as diferenças existentes dentro do país, o que é imprescindível à concreção da igualdade material, e estabelecê-las no viés democrático brasileiro, deveria constar como eixo fundamental do Poder Público.

No entanto, a sociedade, cada vez mais preocupada com a perpetração do seu espaço político e lastreada pelos discursos daqueles que materialmente temem perder o poder, marginaliza e estereotipa, sejam minorias sexuais ou não. Conviver com este problema, à visão marginal e fora do trilho definido, acaba sendo uma solução mais pertinente para aqueles que se encontram desgastados ou erroneamente orientados.

Dessa forma, acaba-se propagando a invisibilidade das diferenças existentes no Brasil e, conseqüentemente, das próprias minorias. O problema da invisibilidade, o não ver ou o não se importar, da sociedade em geral vai resvalando um sobre o outro. Ou a violência contra esses que são diferentes é legitimada pelo grupo dominante do poder ou não se dá importância suficiente para que se possa erguer a voz contra essas violências.

A homofobia e a transfobia, assim, manifestam-se como a aversão às minorias sexuais e a contínua e reiterada insistência de lhes negar espaços jurídico e político. São alimentadas pelo silêncio, pelo calar de vozes que sinalam e apontam a urgente necessidade de fazer cessarem as mortes, a violência, os xingamentos e todas as demais formas pelas quais se manifesta a discriminação.

Esse silêncio, especificamente, apresenta-se pela insistência do Poder Legislativo e Executivo em tapar boca, ouvidos e olhos para as minorias sexuais, manifestando a ineficácia dos direitos fundamentais e a inobservância do dever de legislar. Tais pontos nortearam o segundo capítulo, observando a utilização dos remédios constitucionais do MI e ADO diante da invisibilidade social e jurídica.

Reiteradamente excluídos da agenda política, sofrendo sub-representação legislativa, a população LGBTTTTI sofre pelo desamparo estatal, pela ausência de olhares que lhe assegurem a fruição de direitos básicos de existência e de convivência, em última análise, seus direitos fundamentais.

Inobstante, existem preceitos constitucionais instruindo o legislador para que tome as devidas ações necessárias a fim de exterminar com todas as formas de discriminação e dissemine a igualdade e a dignidade. O Poder Legislativo é continuamente suplantado por discussões que ou invalidam as minorias sexuais ou as afastam do cenário de debate.

Dessa forma, combater as violências por meio do aparato estatal acaba recaindo perante o Poder Judiciário, o qual é visto como único poder desprovido das apelações políticas e religiosas que obstam o acesso das minorias às políticas públicas. Todavia, persistem no ordenamento jurídico brasileiro determinadas noções

acerca da definição dos Poderes que ainda não permitem a superação desses obstáculos tão arraigados. Em que pese a inefetividade social dos direitos fundamentais para a população LGBTTTI, as noções de omissão inconstitucional e do dever de legislar dos representantes do Poder Legislativo ainda não permitem a pertinente interação entre os poderes.

A vinculação do dever de legislar, a interpretações literais e gramáticas, acaba restringindo a própria eficácia dos remédios que o constituinte deixou ao Poder Judiciário para se infiltrar nas discussões políticas e administrativas. O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, assim, restringem-se a uma atuação discreta e passiva, posição que por um bom tempo perdurou perante o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a interposição de questões políticas que revelam uma grande ineficácia social dos direitos fundamentais, como a violência contra as minorias sexuais, demonstra a necessidade de realocação do Poder Judiciário diante das complicadas diretrizes constitucionais. Exige, assim, uma ressignificação e uma nova busca dos objetivos da Constituição.

Nesse sentido, as decisões do MI n.º 4.733 e da ADO n.º 26 demonstram uma posição ativista do STF no amparo dos grupos vulneráveis e das minorias sociais, para superar a omissão inconstitucional. Notadamente às minorias sexuais, o posicionamento da Suprema Corte revela os espaços político e jurídico que devem ser destinados a esse grupo na especial proteção dos direitos fundamentais, mediante a vinculação das práticas de homo e de transfobia à Lei do Racismo.

Nessa senda, por derradeiro, a terceira parte da pesquisa focalizou os conceitos e as aplicações inerentes à Lei do Racismo, pela interpretação para proteção das minorias. Ainda, trouxe a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional para o desafio da homo e da transfobia.

A presença de fortes elementos históricos, culturais e sociais revela a sub-rogação de diferentes minorias a padrões de preconceito e/ou discriminação que lhes retira ou lhes inibe a participação política.

Em verdade, não se está pondo em enfoque uma minoria em detrimento à outra, mas sim buscando ampará-las da melhor forma possível, considerando as limitações que são inerentes tanto ao Mandado de Injunção quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Busca-se, tão somente, promover um amparo

mínimo para se repudiar e penalizar as ações de homo e transfobia dentro da ordem jurídica brasileira.

Assim, o racismo aparece como o conceito legal que se ajusta às definições históricas e culturais que define e reforça a proteção constitucional contra o preconceito e a discriminação. A força política das decisões do Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do MI n.º 4.733 e da ADO n.º 26 não se revela elemento de desqualificação ou de invalidação na proteção dos direitos fundamentais das minorias sexuais.

Todavia, a carga vinculativa que essas decisões carregam não tem o condão de promover adequada e suficientemente o amparo estatal que a população LGBTTI necessita para a superação de sua invisibilidade social e jurídica. Inobstante tenha o efeito de “chamar a atenção” do Poder Legislativo e de fixar a tese que orientará todo o Poder Judiciário quando deparados com a matéria, elas não contam com o impulso de promover as políticas públicas, tampouco representam qualquer ônus de grande monta aos legisladores.

A tese veiculada pelo Mandado de Injunção n.º 4.733 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 26, entretanto, supre parcialmente o dever consagrado ao legislador de amparar as minorias sexuais e de buscar a superação do preconceito e da discriminação.

Conforme exposto, diz-se parcialmente porque a abrangência que se confere à homo e à transfobia no conceito de racismo da Lei n.º 7.716/89 não tem o condão de promover as políticas públicas necessárias para o problema da ausência de discursos políticos e de ações administrativas. Nessa seara, confere-se igualdade à população LGBTTTI, na medida de suas desigualdades, por meio do reconhecimento de especial proteção e de resguardo jurídico contra a discriminação específica de seus membros, pautada na evolução e na interpretação sistêmica do mecanismo de combate ao racismo.

As teses que embasaram e vincularam o Poder Legislativo para a confecção da Lei n.º 7.716/89, em certos e determinados sentidos, alteraram-se com o tempo. Certo é que a discriminação e o preconceito decorrentes da diferenciação para com pessoas negras ainda é um problema atual. Entretanto, em idêntica linha de proteção que a Constituição adota, o Legislador permaneceu inerte em conferir a outras minorias sociais o mesmo tratamento para o fomento de seus direitos.

Por isso, pode-se perceber que as decisões do STF conferem espaço jurídico à população LGBTTTI. Todavia, a utilização dos instrumentos de Direito Penal não é suficiente para a superação da invisibilidade social e jurídica, uma vez que permanecerão sem alteração as condições de vulnerabilidade a que esse segmento da população se encontra, sem efetivar meios de garantir a preservação de seus traços culturais e/ou biológicos.

Quando confrontado por essa situação de reiterada violação aos direitos fundamentais, chama-se atenção para o mecanismo denominado Estado de Coisas Inconstitucional, oriundo das decisões da Corte Constitucional Colombiana. A partir de um infundado quadro de violência e de desrespeito a um amplo número de pessoas e a insistência de obstáculos nos Poderes Legislativo e Executivo, surge o espaço do Poder Judiciário para atuar, afastando a ilegitimidade de sua ingerência nas decisões que afetariam os outros poderes.

A homo e a transfobia no Brasil são contempladas por vivaz quadro de Estado de Coisas Inconstitucional, na medida em que são palpáveis e visíveis a violação sistêmica da população LGBTTTI na fruição de direitos básicos, como a igualdade e a dignidade humana. Inobstante a equiparação de condutas à Lei do Racismo, é necessário a superação dos obstáculos inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo para o devido fomento das políticas públicas que permitam: o alcance de equidade material na garantia dos direitos fundamentais, além do reconhecimento e do devido respeito às diferenças culturais, sociais e físicas das minorias sexuais para com o grupo politicamente dominante.

De todo exposto, depreende-se que a garantia da população LGBTTTI deve-se pautar por meio de uma atuação estruturante e dialógica do Poder Judiciário para com os demais, a fim de que seja possível atingir a eficácia social dos direitos fundamentais, quando debatida a situação das minorias sexuais. O reconhecimento da omissão inconstitucional do Poder Legislativo no enfrentamento desta questão social, com a criminalização da homo e da transfobia à luz da Lei do Racismo, apesar de juridicamente viável, não se revela de instrumento próprio para alcançar a efetividade dos direitos fundamentais de gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, transexuais, etc. Tal meio, como um caminho possível, seria a consolidação de um sistema estruturante adotado, a exemplo da Corte Constitucional Colombiana, do Estado de Coisas Inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. Djamilia Ribeiro (Org.). São Paulo: Pólen Livros, 2019.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. **Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ASSY, Bethania. A Dignidade dos Invisíveis – Invisibilidade social, reconhecimento e direitos humanos. *In: Teoria e Filosofia do Direito*. Gustavo Silveira Siqueira (Org.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

BALESTRO, Gabriela Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias Sexuais e Homofobia no Direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais **Revista Videre**, v.10, n.19. Dourados, 2018. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6829/4430>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto; OSÓRIO, Aline Rezende Peres. **“Sabe Com Quem Está Falando?”**: algumas notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro, 2014.

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana No Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. 2.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei Nº 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. **Lei Nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. **Lei Nº 12.063**, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12063.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. **Lei Nº 13.300**, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13300.htm>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 5543 DF**, Relator: EDSON FACCHIN, Data de Julgamento: 11/05/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495>>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26 DF**, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF: 347 DF**, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 13 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 82424 RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MI: 4733 DF**, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/06/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTO, Edenildo Souza. **O Ativismo Judicial Estrutural Dialógico para Efetividade dos Direitos Fundamentais no “Estado de Coisas Inconstitucional”**. 2018. 151 pág. Dissertação de mestrado em direito público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

FELDENS, Luciano. Deveres de Proteção Penal na Perspectiva dos Tribunais de Direitos Humanos. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n.1, 2007. p. 214-230.

FONSECA, João Francisco N. da. **O Processo do Mandado de Injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Assassinato de Homossexuais (LGBT) no Brasil: relatório 2015**. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Mortes Violentas de LGBT no Brasil – Relatório 2017**. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Mortes Violentas de LGBT+ no Brasil – Relatório 2018**. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no Brasil pós-88. **Novos Estudos**, n.96, São Paulo: 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n96/a06n96.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

MÉLKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. **Revista da Faculdade de Direito: Revista da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.71, p. 641-673, 2017.

MONTEIRO, Patricia Fontes Cavalieri. Discussão Acerca da Eficácia da Lei Áurea. **Meritum**, v.7, n.1. Belo Horizonte: 2012. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/1208/829>>. Acesso em 27 maio 2020.

MOREIRA, Adilson José. Direito, Poder, Ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural. **Direito & Práxis**, vol.8, n.2, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-830.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. Sexualidades Ameaçadoras: religião e homofobia(s) em discursos evangélicos conservadores. **Sexualidad, Salud y Sociedad**, n.2, 2009. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/32/447>>. Acesso em: 22 set. 2020.

NEVES, Mariana Moreira; PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Fundamentais e o Direito Homoafetivo**: a invalidade dos argumentos preconceituosos. 2014.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; MOTT, Luiz. **Mortes Violentas de LGBTQ+ no Brasil -2019**: relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2020.

OLIVEIRA, Ygor Werner. **O STF e o “Caso Ellwanger”**: a interferência dos fatores extralegais no processo de delimitação das decisões judiciais. 2015. Disponível em <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/757/636>>. Acesso em: 05 jul. 2019.

ORWELL, George. **1984**. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2009.

OUTNOW. **Relatório Brasil LGBTQ2030**. 2017. Disponível em: <<http://www.outnow.lgbt/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____; SILVA, SANDRO GORSKI. **Diversidade Sexual e o Contexto Global: desafios à plena implementação dos direitos humanos LGBTQ**. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20949/15342>>. Acesso em: 11 ago 2019.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; BRANCO, Henrique; PETERSEN, Letícia Lassen. Doação de sangue por homens homossexuais e bissexuais: a (in)constitucionalidade de suas restrições. In: JORNADA INTERDISCIPLINAR DE PESQUISA DAS FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, 8., 2018, Santa Rosa. **Anais...** Disponível em: <<http://www.fema.com.br/fema/wp-content/uploads/2019/08/Anais-do-Evento-2018-1.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SBROGLIO’GALIA, Susana. **Mutações Constitucionais Interpretativas e Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais**. 2006. 195 pág. Tese de mestrado em direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2006.

SILVA, Diego Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Necessidade de Criminalizar a Homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v.60, n.2, Curitiba, 2015, p.177-207.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Revista UNIFAFIBE, Bebedouro, SP, v.5, n.1, 2017.

TRANSRESPECT VS TRANSPHOBIA. **TMM Annual Report 2016**. 2016. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/>>. Acesso em: 16 set. 2020.

TREVIZAN, Ana Flávia; AMARAL, Sérgio Tibiraçá. **Diferenciação Entre Minorias e Grupos Vulneráveis**. 2010. Disponível em:
<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2319/1814>>.
Acesso em: 18 set. 2020.