

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB
CURSO DE DIREITO

JACKSON FERNANDES SANTOS GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DE DIREITOS

FUNDAMENTAIS: Uma análise acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na
criminalização da homofobia

São Luís

2023

JACKSON FERNANDES SANTOS GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DE DIREITOS

FUNDAMENTAIS: Uma análise acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a(a). Ma. Alyne Mendes Caldas

São Luís

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Gonçalves, Jackson Fernandes Santos

Ativismo judicial como meio de defesa de direitos fundamentais:
uma análise acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na
criminalização da homofobia. /Jackson Fernandes Santos
Gonçalves. __ São Luís, 2023.

63 f.

Orientador: Prof.^a Ma. Alyne Mendes Caldas.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro
Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB,
2023.

1. Ativismo judicial. 2. Direitos fundamentais. 3. Homofobia. 4.
Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU 342.726-055.3

JACKSON FERNANDES SANTOS GONÇALVES

ATIVISMO JUDICIAL COMO MEIO DE DEFESA DE DIREITOS

FUNDAMENTAIS: Uma análise acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 27/06/2023

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Alyne Mendes Caldas (Orientadora)

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Me. Igor Martins Coelho Almeida

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Profa. Ma. Gláucia Maria Maranhão P. Lima

Membro externo

Dedico este trabalho às pessoas que, em razão do descaso e da indiferença de quem deveria agir, buscam socorro no Judiciário a fim de desfrutarem dos direitos que possuem.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, exalto e agradeço à Deus pela dádiva da vida, por ter me concedido forças em momentos difíceis e ser diariamente escudo protetor contra todos os males; sei que seu amor é incondicional.

Da mesma forma, inclusive considerando que tais pessoas são extensões do amor do Criador por mim, sou grato à minha mãe, Malvina, e ao meu pai, José Raimundo, por todo afeto, educação e segurança, o que diretamente me fez um ser humano amável, íntegro e consciente do meu lugar no mundo... Muito obrigado, meus queridos!

Agradeço à Daiane Martins, a quem eu carinhosamente chamo de “flor”, minha amada e amiga, com quem compartilho meus dias (alegres e tristes) e meus sonhos (possíveis e utópicos). Vida longa para nós, minha flor!

Agradeço também à minha irmã, Jainara, por seu incentivo e companheirismo, ela que é exemplo de resistência e resiliência diante das adversidades do cotidiano... Ao meu irmão, Karlos, ao meu sobrinho, Alyphe e às minhas sobrinhas, Alycia e Maithê, também sou grato, afinal, são como filhos e filhas a quem é preciso inspirar, o que nos impõe posturas exemplares.

É necessário também agradecer aos professores e às professoras da UNDB, profissionais competentes, que muito se esforçam na missão de partilhar saberes. Assim sendo, obrigado Arnaldo Vieira, Thaís Viegas, Diego Menezes, Aline Fróes, Thiago Viana, Tuanny Soeiro, Josanne Façanha, Alexandre Ferreira e Alyne Caldas. Aliás, esta última merece um agradecimento especial, pois de forma excelente me conduziu na elaboração deste trabalho. Sou imensamente grato, professora Alyne Caldas; sua orientação literalmente facilitou o árduo caminho da produção monográfica. Se houve êxito, foi porque você se fez presente.

Agradeço à Maria Antonia, à Bruna Costa, à Kymberlle Castro, à Rafisa Carvalho, ao Agostinho Ferreira e ao Pedro Estrela, cujas amizades reverberarão para além dos muros da faculdade.

Por fim, não poderia deixar de agradecer a algumas pessoas que contribuíram na minha jornada acadêmica, ainda que de forma indireta: Dr. Carlos Augusto, Dona Rosa Machado, Marina Ribeiro, Marcelo Martins, Augusto e Nívea, Tia Regina, Eliane, Tia Kekê e Nilson. Cada mão a mim estendida me incutiu desejos inexoráveis para também ajudar muitas outras pessoas: é certo que quanto mais a gente divide, mais a gente multiplica. Obrigado!

“Uma injustiça em um lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo lugar” (Martin Luther King Jr.)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o ativismo judicial enquanto instrumento de defesa de direitos fundamentais, bem como avaliar a legitimidade do Supremo Tribunal Federal na caracterização desse fenômeno concernente à criminalização da homofobia. Para tanto, é mostrado inicialmente o contexto histórico que propiciou o surgimento do ativismo judicial, destacando-se o princípio da separação dos poderes, o neoconstitucionalismo e a expansão do Poder Judiciário. Em seguida, o estudo se aprofunda na compreensão da sexualidade e da homofobia e de que forma esta última se caracteriza como violação de direitos, aí presentes os chamados direitos sexuais. Ademais, chega-se ao cerne da monografia, onde a discussão tem foco no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733, no qual o STF deu decisão favorável no sentido de criminalizar as práticas discriminatórias em razão de orientação sexual e identidade de gênero, a partir da consideração de que tais práticas configuram racismo. Assim, o presente trabalho avalia as razões do ativismo judicial da Corte brasileira ante as omissões do Legislativo e do Executivo, na tentativa de efetividade das normas constitucionais relativa à necessidade de proteção jurídica de minorias sociais, sem a qual é intangível a real existência de um Estado Democrático de Direito sustentado em igualdade, liberdade e dignidade.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Direitos fundamentais; Homofobia; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze judicial activism as an instrument for the defense of fundamental rights, as well as to evaluate the legitimacy of the Federal Supreme Court in the characterization of this phenomenon concerning the criminalization of homophobia. To do so, the historical context that led to the emergence of judicial activism is initially shown, highlighting the principle of separation of powers, neoconstitutionalism and the expansion of the Judiciary. Then, the study deepens the understanding of sexuality and homophobia and how the latter is characterized as a violation of rights, the so-called sexual rights. In addition, it reaches the core of the monograph, where the discussion focuses on the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission 26 and the Writ of Injunction 4733, in which the STF gave a favorable decision in the sense of criminalizing discriminatory practices due to orientation sexuality and gender identity, based on the consideration that such practices constitute racism. Thus, the present work evaluates the reasons for the judicial activism of the Brazilian Court in face of the omissions of the Legislative and the Executive, in the attempt of effectiveness of the constitutional norms relative to the need of legal protection of social minorities, without which the real existence of a Democratic rule of law based on equality, freedom and dignity.

Keywords: Judicial activism; Fundamental rights; Homophobia; Federal Court of Justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CF	Constituição Federal
EUA	Estados Unidos da América
IPPF	Federação Internacional de Planejamento Familiar
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros
PPS	Partido Popular Socialista
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ATIVISMO JUDICIAL: HISTÓRICO E PERSPECTIVAS	14
2.1 O princípio da separação dos poderes: teoria e práticas	14
2.2 Neoconstitucionalismo: novas perspectivas da jurisdição constitucional	17
2.3 Ativismo judicial: origens e contextos	21
3 HOMOFOBIA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 Perspectivas dos direitos fundamentais	27
3.2 Direito à sexualidade: versões do direito fundamental à liberdade	31
3.3 Homofobia: uma violação de direitos fundamentais	35
4 ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA COMO MECANISMO DE DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	39
4.1 ADO 26 e MI 4733: A criminalização da homofobia	39
4.2 A legitimidade do Supremo Tribunal Federal	44
4.3 A garantia de direitos via ativismo judicial	48
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	55

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual, fruto das dinâmicas sociais, políticas e jurídicas das últimas décadas, está assentada sob a noção de Estado Democrático de Direito, onde garantias constitucionais, tanto individuais quanto coletivas, devem sempre nortear o cotidiano. Por certo, nesse modelo estatal fatores como respeito à democracia, existência de uma Constituição e regularidade da tripartição dos Poderes são essenciais para a manutenção do equilíbrio das relações, visto que tais elementos tendem a reforçar a ideia de cumprimento de deveres e garantia de direitos.

No Brasil, sobretudo a partir da promulgação da Constituição Federal em 1988, que ao mesmo tempo simbolizou o fim de uma era tenebrosa, a da ditadura militar, e o renascimento de uma nação, as funções dos três poderes foram claramente delineadas e dessa mútua colaboração dependia o pleno funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. Contudo, a exemplo de outros países, a busca por dar efetividade aos comandos constitucionais gerou certa tensão entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, haja vista que este último passou a ir mais além das competências a ele designadas, dando origem ao chamado ativismo judicial, fenômeno este não exclusivo do Estado brasileiro.

Numa outra perspectiva, apesar de todas as projeções garantistas da Constituição Federal, alguns sujeitos integrantes da coletividade brasileira permaneceram invisibilizados, tanto porque historicamente os arranjos sociais foram profundamente enraizados em desfavor deles, consequência de uma dominação elitista patriarcal, quanto pelo fato de literalmente os direitos para tais sujeitos existirem meramente no plano teórico, como num belo conto de faz de conta. Assim, negros, mulheres, homossexuais, pessoas com deficiência e indígenas, só para citar alguns, ficaram à margem do progresso constitucional que deveria caracterizar o Estado Democrático de Direito.

De forma bastante indigesta, por exemplo, a comunidade LGBTQIA+ sempre sofreu violências variadas, corroboradas pelo Estado, uma vez que a omissão do legislativo brasileiro em criar leis específicas de proteção a esse grupo, flagrantemente inviabilizou direitos fundamentais, como igualdade e dignidade humana. A partir disso foi que o STF decidiu, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4.733, criminalizar a homofobia enquadrando-a como prática de racismo, conforme a Lei nº 7.716/89.

Com base nestas observações iniciais e considerando que a Corte foi ativista, questiona-se: em que medida o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para instituir a criminalização da homofobia?

Partindo-se dessa indagação, o presente trabalho se sustenta na hipótese de que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para instituir a criminalização da homofobia, haja vista que a atuação proativa da Corte possibilita que certas garantias constitucionais se concretizem. Aliás, acredita-se que tal fato se dá em virtude de que o STF exerce uma força contramajoritária, ou seja, ele tem por atribuição a defesa dos direitos fundamentais das minorias, e considerando que a criminalização da homofobia se relaciona diretamente com a defesa de uma minoria social específica, entende-se que a mencionada Corte detém a referida legitimidade.

Assim, oportuno ressaltar que o estudo do presente tema tem grande relevância, haja vista que o ativismo judicial é assunto atualíssimo e com consequências variadas para a nossa sociedade, além do fato de que em decorrência dele a análise do julgamento da criminalização da homofobia comporta efeitos que reverberam na vida de inúmeros brasileiros e brasileiras, representativas de minorias sociais. Note-se que o Estado Democrático de Direito deve ser moldado pela promoção de garantias constitucionais, por sinal, caríssimas aos indivíduos. Especificamente, a situação da comunidade LGBTQIA+ sempre foi urgente e ao Judiciário não seria adequado não dar solução a uma demanda tão delicada e necessária.

O presente estudo também é importante porque se assenta na necessidade de se promover visibilidade às diferenças, essenciais a uma sociedade plural, onde devem imperar o respeito, a empatia, a igualdade e a liberdade. Inclusive, isso denota o valor científico desta pesquisa, uma vez que gera a intersecção de áreas distintas do conhecimento, além de trazer esclarecimentos do próprio Direito, relacionados à seara penal, constitucional e da hermenêutica.

Dessa forma, o objetivo geral deste trabalho é analisar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal enquanto fator de garantia de direitos fundamentais, verificando a legitimidade desta Corte na criminalização da homofobia e de que forma o histórico julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, apreciadas conjuntamente, evidencia o combate à violação de garantias constitucionais e à omissão do Estado.

Para tanto, o trabalho aqui analisado tem como guia o método hipotético-dedutivo, formulando uma hipótese possível para explicar o problema em questão, buscando-se confirmá-la como verdadeira ou refutá-la como falsa. A mesma tem cunho exploratório, procedendo pela via bibliográfica, a partir de livros, artigos científicos e também via documental. Possui como técnica de pesquisa o estudo de caso, a qual busca estudar um ou outro objeto de maneira mais aprofundada resultando em conhecimento mais detalhado acerca do mesmo (GIL, 2008). Além do mais, configura-se como pesquisa qualitativa, que segundo Marconi e Lakatos (2010),

baseia-se na análise e interpretação de aspectos mais profundos, detalhando as nuances dos comportamentos humanos.

Ademais, a presente obra se estrutura em três capítulos, sendo que no primeiro deles a abordagem se dá sobre as origens do ativismo judicial, seus contextos e perspectivas, relacionando-o com conceitos como jurisdição constitucional e teoria da separação dos Poderes, na busca por uma satisfatória compreensão do fenômeno decisório. No segundo capítulo, por sua vez, o foco recai sobre o entendimento acerca da construção sócio-histórica da homofobia, evidenciando suas consequências enquanto prática violadora de direitos fundamentais. Por fim, o terceiro e último capítulo trata a respeito do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733, dissecando a criminalização da homofobia dentro de uma perspectiva racista, além de traçar algumas razões da legitimidade do STF que viabilizaram tal medida ativista a partir da visão teórica de alguns autores.

2 ATIVISMO JUDICIAL: HISTÓRICO E PERSPECTIVAS

Neste primeiro momento a abordagem se concentra nas origens do ativismo judicial, para tanto sendo necessário investigar-se a teoria da separação dos Poderes, bem como o chamado neoconstitucionalismo, enquanto movimento que redefiniu as bases da jurisdição constitucional, assim como identificar a judicialização da política, para não se incorrer em erro de considerá-la ativismo. Ademais, a busca pela compreensão de todos os referidos conceitos tende a viabilizar o entendimento do trabalho como um todo, já que este primeiro capítulo é o fio condutor do assunto aqui abordado.

2.1 O princípio da separação dos poderes: teoria e práticas

Primordialmente, conforme análise de Cássia Beatriz Rosa Arantes Pereira (2021), a concepção de separação de poderes estatais remonta às postulações de Aristóteles, na antiguidade grega, para o qual o Estado deveria ser estruturado, conforme as leis que compõem seu sistema, em três poderes: o deliberativo, o executivo e o judiciário. Tais considerações aristotélicas, inclusive, traziam outras concepções de atividades e órgãos estatais.

Contudo, a relevância que marca a mencionada separação é própria do contexto absolutista, no qual os governos eram centrados na exclusiva figura do rei ou da rainha. Nesse aspecto, segundo Gabriel Estevam (2019, p. 11):

A Teoria de Separação de Poderes nasceu como uma solução a uma forma de governo que concentrava todos os poderes em uma só pessoa, que detinha poder total sobre todo domínio de sua soberania, regime que ficou conhecido como absolutismo [...] No absolutismo, o poder concentrava-se na figura de uma autoridade central: o rei. Era ele quem possuía todos os poderes do governo ao seu dispor.

A ideia foi sendo moldada com o tempo e por meio de vários pensadores, os quais idealizavam mudanças na estrutura do modelo estatal, aliás refletindo os interesses da incipiente e ambiciosa burguesia, somados à insatisfação do povo. Nesse cenário, por conseguinte, destacou-se o pensamento de Charles-Louis de Secondat, o famoso barão de Montesquieu, que influenciado por outros autores delimitou primorosamente a referida separação dos poderes.

Assim, na concepção de Montesquieu, a teoria da separação dos poderes configurou-se como um sistema político baseado em três órgãos que atuariam de modo independente e harmônico entre si. Conforme a obra “O Espírito das Leis”, do ano de 1748, o Estado seria

dividido em três poderes (legislativo, executivo e judiciário), cujas funções eram bem específicas para cada um deles, até certo ponto inconfundíveis. Esse modelo, aliás, tornou-se basilar na configuração do constitucionalismo (DALLARI, 2011, p. 216-217).

Nesse mesmo raciocínio, ressalta Souza Júnior (2002, p. 59) que:

Os poderes, para Montesquieu, deveriam estar separados funcionalmente, ou seja, cada função seria atribuída a cada órgão da forma mais especializada possível. E os poderes deveriam estar separados organicamente: os órgãos deveriam ter independência recíproca, equipotência, num radical pé de igualdade, a separação orgânica e separação funcional criariam um círculo de causação circular, de que resultaria uma ordem política com liberdade e concórdia.

Como anteriormente mencionado, o modelo idealizado foi fruto de um contexto histórico que almejava afastar qualquer tendência de concentração de poder, visto que se buscava superar os anseios absolutistas, tão enraizados no imaginário das pessoas. Era necessário, portanto, uma superação dessa noção de poder ilimitado, e por vezes, abusivo. Assim, o pensador francês didaticamente expõe suas considerações de estruturação de governo:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p. 167-168).

A importância do princípio da separação dos poderes se deu muito em razão de garantir liberdades individuais, sobretudo por ir de encontro aos interesses liberais da crescente burguesia ante a superação do poder absolutista, já que tal princípio era clara limitação à existência de um onipotente executivo, tão característico do Estado até então (BONAVIDES, 2011, p. 152).

Ademais, a dinâmica política da tripartição de Montesquieu ensejou o chamado sistema de freios e contrapesos, pelo qual os três poderes se controlariam mutuamente. Assim esclarece Machado (2011, p. 98):

[...] no exercício de suas atribuições, cada função não está limitada ou estanke à sua competência exclusiva, exercendo, por vezes, as funções de outro Poder, qual seja, a competência concorrente. É que, como exemplo, à função judiciária compete, além da jurisdição, a administração de seu pessoal e seu orçamento. À função executiva compete, além de sua função governamental e administrativa, a função de julgar administrativamente. À função legislativa compete, além da função de julgar, em determinados casos. Verifica-se uma espécie de “entrelaçamento” de competências que, embora preserve a autonomia e a independência de cada função, ao mesmo tempo acaba por estabelecer uma interdependência entre as diferentes funções.

Nota-se que o mencionado sistema se configura como técnica de controle recíproco, criando entre os poderes uma certa interdependência que beneficia o Estado, visto que tais interferências buscam extrair os melhores resultados possíveis das funções que caracterizam cada poder.

Para Meda e Bernardi (2016, p. 17), a inserção do sistema de freios e contrapesos se deu numa perspectiva para também traçar limites ao poder estatal, reforçando a teoria tripartite, pois ao mesmo tempo que eram exercidas funções típicas por um determinado poder, também eram exercidas funções atípicas.

Segundo Colli (2017), o referido sistema de freios e contrapesos, também chamado de *checks and balances*, foi resultante do trabalho de Hamilton, Madison e Jay, que ao interpretarem a teoria da tripartição de Montesquieu, enxergaram algumas falhas e propuseram melhorias. Era necessário pensar num sistema onde se pudesse fiscalizar as funções que determinados entes estatais exercessem, pois a melhor forma de garantir as liberdades e a justiça era impondo limites ao poder dentro do Estado. Assim, tais autores publicaram artigos explicando tais ideias, os quais foram determinantes para fortalecer as bases do Estado americano.

Conforme apontamento de Rodrigo Sade (2021), o sistema de freios e contrapesos permite uma reciprocidade de controle e influência entre os Poderes, onde mutuamente os mesmos têm a prerrogativa de estatuir e de impedir moderadamente certas decisões, o que promove equilíbrio e harmonia, evitando abusos por parte daqueles que integram tais poderes; aliás, tal premissa se relaciona à ideia do próprio Montesquieu acerca da cooperação mútua.

Esse modelo organizacional estatal foi adotado por diversos países democráticos e, portanto, as atividades dos três Poderes deveriam respeitar certos limites, afinal, todos cumpriam um papel específico e que se complementavam. Contudo, o Poder Judiciário foi ao decorrer do tempo ganhando certo destaque perante os demais poderes, haja vista que a própria dinâmica das relações dentro do Estado reafirmava a necessidade da resolução das contendas que rotineiramente eram criadas. Em alguns casos, porém, certas decisões dos tribunais começavam a romper os estabelecidos limites próprios da tripartição.

2.2 Neoconstitucionalismo: novas perspectivas da jurisdição constitucional

Em termos práticos, a existência de um documento contendo direitos para os cidadãos em geral e impedindo certos abusos de poder, por meio de imposição de certos limites, foi determinante para dar novos rumos ao Estado, inclusive implicando num outro olhar tanto sobre o Direito quanto sobre a Política. Assim, a ideia da constituição como elemento central nessa nova dinâmica da sociedade foi um divisor de águas, dando origem ao denominado constitucionalismo que nas palavras do ilustre Lênio Luiz Streck (2018, p. 16), “vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder [...] em benefício de direitos, os quais conforme evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas”.

Historicamente, o constitucionalismo inaugurou o Estado de Direito, onde toda a mecânica social e política passava pelo filtro jurídico ou como bem ressaltou Norberto Bobbio (1998, p. 248), “é a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condição de não os poder violar”. Similarmente é o que aduz Renata Hanones (2012, p. 8) ao descrever que o referido Estado de Direito está “[...] submetido ao direito, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que respeitem determinadas exigências fundamentais. O próprio Estado se submete às leis por ele criadas, freando-se a atividade estatal”.

De forma assertiva o eminente professor português José Joaquim Gomes Canotilho (2003) descreve o constitucionalismo como um movimento sustentado pelo princípio da limitação do governo, garantindo-se direitos na estrutura organizacional da sociedade, representando assim uma teoria normativa política, da mesma forma que a teoria do liberalismo e da democracia, ou seja, ele acaba sendo um movimento com finalidades garantistas.

Segundo Raquel Caetano Moreira (2020, p. 32-33):

A partir da Constituição norte-americana, de 1787, e da francesa, de 1791, deu-se origem ao movimento político-jurídico denominado constitucionalismo [...] o modelo constitucionalista reflete o poder estatal, disciplinado por um conjunto de normas extraídas de um texto escrito, único, produzido em um determinado momento histórico por um órgão designado para tanto, cujas normas são supremas e, principalmente, rígidas.

O advento de uma constituição, assim, foi determinante para a profunda virada política que marcou a sociedade pós-absolutista, ainda que relativamente mais preponderante aos interesses burgueses, o movimento constitucionalista com ela iniciado se mostrou crucial para os anseios da época, conforme ressalta Renata Hanones (2012, p. 9), “o constitucionalismo impera após as revoluções liberais como o modelo mais adequado de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático”.

Ocorre, entretanto, que a partir do segundo grande conflito mundial, em 1945, tem-se uma reviravolta nesse constitucionalismo, cujo formalismo normativo era determinante. Em verdade, os horrores da guerra trouxeram reflexões jurídicas inquietantes, as quais não podiam ser ignoradas ante a conjuntura geopolítica que se formava à época. É justamente nesse cenário que surge o que se categorizou denominar de neoconstitucionalismo.

O movimento neoconstitucionalista, também dito pós-positivista, emergiu em diversos países após a segunda metade do século XX, marcadamente em decorrência do declínio do fascismo e do nazismo que assombraram o continente europeu no período da segunda guerra mundial, dando abertura a uma nova forma de interpretação das normas constitucionais, pela qual os tribunais se valeriam de princípios (agora normas jurídicas) para aplicar o Direito; na verdade, a interpretação e aplicação das normas jurídicas passam a depender da conformidade com o texto constitucional (MARIZ, 2018, p. 16).

Conforme Hygor Farias Silva (2019), o aludido neoconstitucionalismo surgiu na Europa do pós-segunda guerra mundial, com especial destaque à promulgação em 1949 da Lei Fundamental Alemã, objetivando romper com o legalismo positivista vigente, reafirmando valores democráticos e direitos fundamentais na Constituição, esta, por sua vez, peça central em todo o ordenamento jurídico, inclusive, condicionando a interpretação e a aplicação de todas as normas infraconstitucionais. Assim, tal fenômeno jurídico é considerado como pós-positivismo, uma vez que apesar de se atrelar aos mandamentos normativos, sobretudo em respeito ao texto constitucional, preconiza os ideais de liberdade e justiça, indo além da simples legalidade estrita.

Nas lições de Luís Roberto Barroso (2005, p. 15), o fenômeno é assim descrito:

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Esse novo agir hermenêutico transformou as relações políticas e sociais dos países, implicando em uma nova concepção de modelo estatal, o chamado Estado Democrático de Direito, no qual a supremacia constitucional se faz latente, os princípios têm valor normativo crucial nas demandas levadas às cortes e onde os direitos fundamentais não somente são previstos, mas concretizados. Nota-se, portanto, uma real postura de superação daquilo que era marcante no positivismo jurídico e que o velho constitucionalismo ainda perpetrava: a irrestrita aplicação das leis sem qualquer margem para interpretação de sentido das normas.

Nessa senda, oportuno lembrar que conforme Norberto Bobbio (1995) esse referido positivismo jurídico conduz o direito por meio da cientificidade, sendo um fato, tratado como ele é, não como deveria ser, assim, aparta-se desse estudo do direito (e por consequência de sua aplicação) toda caracterização fundada em juízos de valor e em considerações do que poderia ser mau ou bom, injusto ou justo.

Esse citado positivismo, segundo Luís Roberto Barroso (2005), marcou o pensamento jurídico do início do século XX, distanciando-se de qualquer consideração da filosofia jurídica, totalmente centrado em objetividade científica, daí discussões acerca de justiça eram irrelevantes, o que de certo modo até serviu para revestir de legalidade os regimes totalitários na Alemanha e na Itália, cuja nocividade foi percebida durante a Segunda Guerra Mundial.

Como bem resumiu Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 33), a concepção do positivismo jurídico se dá como “ciência da legislação positiva, que pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma só instância constitucional, a instância legislativa”. Ou seja, em termos práticos, tudo se limita à atividade do legislador, sendo que somente as regras jurídicas conduzem o direito, e conseqüentemente, a sociedade. Contudo,

esse sistema positivista se mostra insuficiente para regular a vida social, é necessário algo a mais.

Assim, consoante André Puccinelli Júnior (2012) o neoconstitucionalismo surgiu com o propósito de estabelecer um novo modelo estatal, onde além da positivação de direitos (econômicos, políticos, civis, culturais e sociais), também fosse pautado na ideia de justiça, voltado para uma postura hermenêutica que contemplasse no próprio texto constitucional, supremo e imperativo, a legitimação dos anseios da sociedade.

A partir desse movimento, aliás, o papel do juiz nos tribunais passa a ser outro, para além de mero reprodutor da lei. A relevância dos princípios, enquanto normas jurídicas, potencializa a atividade interpretativa do magistrado, uma vez que tais normas têm natureza aberta, condicionando maior liberdade na leitura e aplicação da lei, conforme as previsões constitucionais; assim, é um período marcado pela ascensão normativa dos princípios nos ordenamentos jurídicos (MARIZ, 2018).

Nessa linha de raciocínio, Juca Almeida Formigli Serra (2015, p. 14-15) destaca que:

O movimento neoconstitucionalista trouxe de novo para a Hermenêutica Jurídica a atribuição de caráter normativo aos princípios jurídicos, bem como a inserção desses princípios no texto constitucional. A estrutura normativa passa a abarcar, portanto, regras e princípios, não havendo hierarquia estabelecida entre as normas. Os princípios, diferentemente das regras, possuem natureza aberta, sendo capazes de englobar um número maior de situações [...] A força normativa dos princípios pode ser traduzida como a possibilidade de aplicação imediata destes aos casos concretos, diferentemente da perspectiva mais antiga, sob a qual os princípios representavam meros parâmetros interpretativos das normas-regras [...] os juízes ganharam um maior espaço de interpretação, mas a interpretação escolhida deve ser a que esteja em melhor conformidade com o texto constitucional.

Veja-se que os comandos constitucionais passam a ser considerados a partir da constatação dos princípios como parâmetros que devem guiar a atuação interpretativa nos tribunais, sobretudo porque isto tende a garantir maior alcance social e melhor realização da atividade jurídica, que deixa de ser apenas mera aplicação da lei. Conforme Hygor Farias Silva (2019, p. 10), “a supervalorização dos princípios frente às regras [...] criou condições para um exercício jurisdicional mais livre”.

Ademais, todas as mudanças geradas pelo neoconstitucionalismo provocaram o alargamento da jurisdição constitucional, entendida segundo Walber Agra (2003, p. 36) como “função estatal que tem a missão de concretizar os mandamentos contidos na Constituição”.

Daí, a atuação dos tribunais se expandiu e ganhou destaque dentro da sociedade, o que indiretamente caracterizou uma ascensão do Judiciário no cenário político dos países, significando novas formulações hermenêuticas constitucionais, fortalecimento dos direitos fundamentais (em prol do bem-estar social coletivo) e respeito à supremacia da Constituição, esta a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito.

Assim, perceptível que esse novo cenário decorrido dessas novas roupagens jurídico-constitucionais evidencia de que forma o Poder Judiciário obteve a relevância decisória nas demandas envolvendo direitos fundamentais, tão presentes atualmente na temática do ativismo judicial, assunto central deste trabalho.

2.3 Ativismo judicial: origens e contextos

No dizer de Elival Ramos (2015, p. 111), o ativismo judicial é entendido como atuação do Poder Judiciário em conflitos de interesses e normativos para além das determinações impostas no cumprimento da função jurisdicional, em desacordo com o princípio estruturante da separação dos poderes, implicando numa desvirtuação da típica atividade do Judiciário, consequentemente implicando numa ameaça ao Legislativo e ao Executivo.

Esse ativismo, portanto, concebido como um ir além do Judiciário na busca por solucionar litígios, surgiu enquanto termo que se atrelou ao mundo jurídico a partir de uma conceituação jornalística:

O termo ativismo judicial, porém, só foi incorporado ao cenário jurídico, político e popular, após o historiador Arthur Schlesinger Jr. utilizá-lo em uma matéria da revista *Fortune* intitulada *The Supreme Court: 1947*. Neste texto, o autor classificou alguns dos juízes da Suprema Corte como ativistas judiciais, pois em sua visão eram os juízes que atuavam de forma proativa na efetivação do estado de bem-estar social. Em contraponto, porém, outros juízes foram classificados como “campeões do autocomedimento”, por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense (PACHECO, 2017, p. 20).

Nas palavras de Campos (2012), a classificação de Schlesinger dos juízes da Suprema Corte norte-americana agrupava-os em três principais grupos; assim tinha-se os magistrados da autorrestrição judicial, atuantes conforme as imposições funcionais, os magistrados que decidiam em prol dos direitos de liberdade e aqueles magistrados, chamados ativistas, que agiam na defesa de direitos de grupos sociais minoritários. Assim reafirma o professor Paulo

Gustavo Gonet Branco (2022, p. 3) que, na Suprema Corte norte-americana, aqueles juízes que empregavam o poder de julgar em prol de um bem social, afirmando um papel de promoção do bem-estar social eram ativistas.

Segundo Barroso (2012), a rotulagem de ativismo judicial para caracterizar a atuação da Suprema Corte nos EUA, marcadamente o período entre 1954 a 1969, ganhou um sentido pejorativo como fruto da reação do conservadorismo latente à época, uma vez que durante o citado período houve uma significativa revolução no sistema de políticas públicas americanas, muito em razão das decisões progressistas da Corte na busca por garantir direitos fundamentais.

Assim, notório perceber que o ativismo judicial não esteve inicialmente atrelado a uma noção de distorção das funções específicas do Judiciário, inclusive em razão do contexto puramente jornalístico em que se deu a atribuição de tal expressão. No final das contas, ela basicamente surgiu como meio de denotar quais juízes tinham posturas mais ou menos favoráveis à efetivação de certos direitos para alguns grupos de cidadãos americanos.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 150) ressalta que a nomenclatura ativismo judicial originou-se num ambiente nada técnico, posto que surgido numa revista jornalística de atualidades da época, na qual o autor Schlesinger Jr. não buscava firmar qualquer tipo de estudo teórico acerca do papel do Judiciário; era unicamente um relato para um público leigo sobre as posturas dos juízes, que eram classificados sem nenhuma reflexão metodológica.

Aliás, conforme Oliveira Júnior (2014, p. 5-6), atribui-se a uma outra pessoa um revestimento mais próprio de estudo ao termo:

A expressão cunhada por Arthur Schlesinger acabou se tornando um tema valioso para o ambiente acadêmico na década de 1950, após a publicação de alguns artigos por Edward McWhinney, prestigiado advogado e Professor da Universidade de Toronto. Se Schlesinger fora quem patenteou o termo “ativismo judicial”, Edward McWhinney fora o homem responsável pela indelével introdução da referida expressão no debate acadêmico, quase uma década após a publicação do artigo de Schlesinger [...]

Ressalta ainda Oliveira Júnior (2014, p. 6) que foi a partir do tratamento dado por McWhinney que o mencionado ativismo passou a ter traços mais teóricos, apesar do cunho negativo que foi se atrelando a essa expressão, significando forma inapropriada da atividade decisória dos juízes. McWhinney, inclusive, inicialmente apontou alguns argumentos contrários ao ainda incipiente ativismo judicial, os quais demonstravam sua discordância das posturas dos magistrados da Suprema Corte, resumindo-se tais objeções ao fato de que aquela prática dos

juízes ativistas não representava a melhor forma de promoção de políticas públicas, haja vista que essa tarefa cabia a outros poderes.

Assim, com base no que atesta Moreira (2020, p. 51-52) em análise aos estudos de Christopher Wolfe sobre o tema, é a visualização das transformações interpretativas da Suprema Corte com o passar dos anos que gradualmente sedimentou o entendimento sobre o ativismo judicial, caracterizado por fases de um *judicial review* e por um surgimento jurisprudencial, preenchendo lacunas constitucionais, que muito traduzia as visões e convicções de justiça dos magistrados americanos, revelando de certa forma suas preferências.

Com o tempo, contudo, tal expressão despretensiosa foi sendo reproduzida e caracterizando um modo de decisão dos tribunais, relacionando-se à noção de proatividade dos juízes. O crescimento do fenômeno no mundo esteve ligado “ao avanço da justiça constitucional e do papel político de cortes constitucionais [...] deflagrado com as constituições democráticas do segundo pós-guerra” (CAMPOS, 2012, p. 19).

No Brasil, a ideia de ativismo judicial tomou forma com a promulgação da Constituição Federal em 1988, uma vez que ela fortaleceu o Poder Judiciário, sendo por este órgão concretizada, sobretudo em virtude da aplicação direta dos princípios constitucionais aos casos demandados, o que gradativamente foi dando ao Judiciário um protagonismo no cenário nacional, cujos holofotes recaíram sobre o STF, principalmente pelas ocasiões em que decidia suprimindo as lacunas e omissões legislativas (DIMOULIS, 2012).

Pacheco (2017, p. 21-22) pontualmente comenta a respeito desse fato:

Para se falar em ativismo judicial no Brasil, também é necessário destacar a constituição de 1988 como um marco fundamental, pois, ao mesmo tempo em que o novo texto constitucional ampliou a agenda de poderes do poder executivo, inclusive com capacidade para ditar pautas legislativas, atribuiu aos órgãos judiciários uma “competência de controle”, com base nos preceitos constitucionais, colocando o poder judiciário em uma posição preponderante, em especial o STF ao defini-lo como “Guardião da Constituição”.

Veja-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 foi um divisor de águas na história brasileira, não apenas por ter sido a certidão de renascimento de um país que sofreu os horrores da ditadura militar, portanto um período de restrição de direitos, mas também por conter diretrizes políticas, sociais e jurídicas que ressignificaram o próprio Estado Brasileiro. Isto, por óbvio, reverberou também no Judiciário, criando novos paradigmas e permitindo, de certa

forma, outros alcances, uma vez que a referida carta constitucional deveria ser concretizada de fato, afinal a partir daquele momento se estruturava um Estado Democrático de Direito.

Segundo Letícia Ferreira Ramos (2021, p. 28 e 30):

Com efeito, a doutrina majoritária entende que, realmente, o primórdio do ativismo judicial no Brasil tenha se dado apenas após 1988 [...] O fator que mais contribuiu para essa repercussão foi a própria Constituição Federal de 1988, ao conceder novos poderes aos magistrados, em caráter inovador, ampliando suas competências e suas margens de interpretação, sabendo que a qualidade de Constituição Principlológica foi ponto crucial para essa abertura interpretativa.

Ocorre, entretanto, que a promulgação da CF/88 também provocou a chamada judicialização da política. Conforme Clarissa Tassinari (2013), tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política são decorrentes das modificações na atividade jurisdicional surgidas com a promulgação do texto constitucional em 1988.

Da mesma forma, Cássia Beatriz Rosa Arantes Pereira (2021, p. 106), ressalta que “a Carta Federativa de 1988 judicializou a política, propiciando soluções jurídicas para problemas políticos e soluções políticas para os problemas jurídicos”. Por sua vez, Gabriel Estevam (2019, p. 36) reitera que “o ativismo judicial, bem como a judicialização, está intimamente interligado à expansão que o Judiciário sofreu pós Constituição Federal de 1988, tratando dos mais variados assuntos do dia a dia da população”.

Ademais, nota-se que a referida Constituição ocasionou tanto o ativismo judicial quanto a judicialização da política, em virtude das novas configurações de atuação que passaram a caracterizar o Judiciário brasileiro. Contudo, tais fenômenos são distintos, apesar de serem por vezes tratados como sendo a mesma coisa. Nas palavras de Luigi Bertaco (2020), os fenômenos supracitados não se confundem, ainda que em certo sentido o ativismo decorra da judicialização, uma vez que certas decisões passaram a ser possíveis por conta da amplificação do poder jurisdicional.

Para melhor compreensão do assunto, salutar é a distinção que faz Eugênio Rosa de Araújo (2018, p. 42):

A judicialização da política é fenômeno que reflete a democratização do acesso à justiça e o anseio de progressão dos direitos sociais já alcançados por parcela da população, refletindo a ausência da ação do Estado na fruição dos direitos sociais em espécie ou na ausência de políticas públicas. O ativismo judicial, da mesma forma,

reflete os anseios da sociedade, porém na vertente da atuação mais firme e – por vezes – criadora do judiciário em face da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas, chegando à determinação de implementação de políticas públicas aos Poderes omissos, seja na via administrativa, seja na via legal, traduzindo um forte protagonismo do Judiciário nem sempre compreendido pelos demais poderes.

Primorosamente Luís Roberto Barroso (2009) ensina que ativismo judicial e judicialização da política são como parentes, convivem, porém não se originam da mesma fonte, portanto, são fenômenos diferentes. Enquanto este último é resultado do modelo constitucional adotado no Brasil, pelo qual o Judiciário decide em razão de uma demanda requerida, assim agindo porque não tinha outra alternativa, o primeiro (o ativismo, no caso) decorre de uma postura proativa de interpretação constitucional, ampliando alcance das normas na tentativa de atender certas demandas sociais não efetivadas por conta de um Legislativo retraído.

Pertinente também é a lição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2015) afirmando que ainda que o ativismo judicial e a judicialização da política se conectem, são coisas diferentes, uma vez que judicializar se refere às resoluções de questões demandadas judicialmente e enquanto, por sua vez, o ativismo se traduz pelo comportamento do juiz em prontamente responder àquelas demandas, decidindo pelo que convém ou não.

Destarte, chega-se ao raciocínio de que apesar de intimamente se relacionarem, os mencionados fenômenos têm distinções, resumidas principalmente no fato de que um resulta da própria ampliação jurisdicional e o outro se caracteriza por uma peculiar postura decisória. Como aduz Ana Célia de Sousa Ribeiro (2019, p. 69), “a judicialização da política é vista como um processo natural [...] por outro lado, o ativismo judicial consiste numa atitude espontânea do magistrado que adota uma postura hermenêutica”.

Segundo Gustavo Buzzato (2017, p. 110):

A referência primeira da judicialização está na demanda, ou seja, no conflito que é levado à apreciação do Judiciário, pois se não houver provocação jurisdicional não há judicialização [...] já o ativismo possui referência na decisão judicial, isto é, o agir ativista será verificado na própria conduta do órgão julgador na apreciação do conflito que lhe é apresentado.

Depreende-se das citadas considerações que, apesar de todas as semelhanças, a judicialização da política não é ativismo judicial, portanto, não convém explicar um fenômeno pela ótica do outro. Mesmo no Brasil, onde existem algumas características bem peculiares à

atividade jurisdicional pátria, a confusão se justificaria apenas em aspecto superficial, porque se tratados com rigor e detalhadamente tais fenômenos são bastante distintos. Ademais, ressalta-se que para este trabalho importa o ativismo judicial, uma vez que sua ocorrência implica consequências que merecem ser analisadas e compreendidas.

Apesar destas referidas constatações, fato é que o ativismo judicial ganhou contorno variados, ocasionando tensões entre os Poderes, sobretudo porque a depender da perspectiva tal fenômeno significaria sobreposição e desrespeito à basilar teoria da tripartição, o que causaria tensão no próprio Estado Democrático de Direito.

3 HOMOFOBIA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste segundo capítulo, analisar-se-á de que forma a homofobia se configura enquanto prática de violação de direitos fundamentais, delimitando-se conceitos, construção sócio-histórica e considerações jurídicas, inclusive discutindo-se a própria noção de direitos fundamentais e sua relação com a liberdade sexual do indivíduo dentro de um Estado Democrático de Direito.

3.1 Perspectivas dos direitos fundamentais

Numa perspectiva geral, uma teoria dos direitos fundamentais foi sendo sedimentada ao longo dos anos, mas especialmente ela se fez presente e necessária a partir dos eventos históricos sociopolíticos que marcaram o período entre os séculos XVIII e XX, com destaque para o processo de remodelagem principiológica das constituições, tornando-as essenciais dentro dos ordenamentos jurídicos. Indiscutível que a existência de um texto emoldurando bens jurídicos dos indivíduos, devendo tais bens serem garantidos a todo custo, gradativamente fortaleceu a ideia de que existia um conjunto de direitos basilares e inegociáveis dentro de uma coletividade, o que representava segurança e bem-estar.

Ingo Sarlet (2018, p. 35) leciona que “os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições”, o que deve ser entendido segundo a ótica de que com as promulgações dos textos constitucionais, certos direitos foram blindados, passando a contar assim com uma proteção especial. Contudo, como afirmam Mendes e Branco (2018, p. 198), “a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica”, portanto, convém denotar-se que a positivação de tais direitos numa Constituição é desfecho de um processo e não começo.

Para Norberto Bobbio (2004), uma característica marcante de tais direitos é a historicidade, uma vez que foram surgindo em diferentes momentos e por razões distintas, sempre atrelados às reivindicações contra poderes limitadores, por isso, são considerados históricos, já que conquistados gradualmente ao longo do tempo.

Segundo Wagner Roby Gídaro (2017, p. 31):

[...] a evolução dos direitos fundamentais passou por várias importantes fases na história e em cada uma delas se verifica o florescimento dos valores fundamentais, ainda que direcionados aos interesses dos homens e na sua convivência em sociedade. Nem mesmo as sociedades dominadas pelas leis sacerdotais deixaram de impor o

respeito e a igualdade. O budismo, o islamismo, o cristianismo, o judaísmo e o hinduísmo, dentre outros, são movimentos que estabeleceram regras de igualdade, respeito e justiça entre os homens, ainda que sob o manto da religiosidade e da sacralidade.

Nesse diapasão, conforme as lições de Ingo Sarlet (2018), apesar do reconhecimento de que os direitos fundamentais não surgem na antiguidade, fato é que nesse período a relevância do pensamento filosófico e religioso, sobretudo o cristianismo e a filosofia clássica greco-romana, teve enorme influência no raciocínio jurídico jusnaturalista, pelo qual era atribuído aos homens a titularidade de direitos inalienáveis, principalmente denotando a igualdade, a liberdade e a dignidade humana.

Ocorre, entretanto, segundo Mendes e Branco (2018) que foi a positivação de direitos na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776 nos Estados Unidos, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 na França, que marcou efetivamente o estabelecimento dos direitos fundamentais com força normativa obrigatória; até então eram simples reivindicações inerentes ao ser humano.

Aliás, no dizer de Carvelli e Scholl (2011), o referido documento americano *Bill of Rights*, de 1776, que inaugurou esse processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Assim ressaltam os autores:

O verdadeiro triunfo dos direitos fundamentais ocorre apenas no final do século XVIII com a proclamação da *Virginia Bill of Rights*. E pela primeira vez na história, os direitos fundamentais do indivíduo assentados na *Virginia Bill of Rights* não estavam à disposição dos representantes do povo, caracterizando assim direitos supraestatais, os quais não poderiam ser abolidos, suprimidos, extinguidos ou alienados. Esse acontecimento referencial na história da humanidade representa o marco inicial na consolidação dos direitos inatos pertencentes a todo e qualquer indivíduo numa constituição. Assim, a constitucionalização dos direitos fundamentais do indivíduo na *Virginia Bill of Rights* deve ser classificada como uma conquista excelsa de enorme valor histórico-constitucional (CARVELLI; SCHOLL, 2011, p. 186).

Ingo Sarlet (2018) também elucida tal fato discorrendo que a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 representou um novo marco jurídico, uma vez que os já reconhecidos direitos e liberdades se tornaram direitos fundamentais constitucionais, ainda que na prática tal fundamentalidade tenha sido reconhecida somente em 1791 por meio de confirmação da Suprema Corte.

Nesse ponto, aliás, conforme Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014), foi através da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 1803, que se reconheceu o caráter especial dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional, haja vista que no paradigmático caso *Marbury vs Madison*, o mencionado Tribunal decidiu que a norma da Constituição era superior aos outros dispositivos legais. Esta medida representava importante passo na blindagem dos direitos fundamentais, inclusive implicando no chamado processo de controle de constitucionalidade.

Ademais, partindo-se dessas considerações preliminares, verifica-se que os direitos fundamentais correspondem àqueles direitos essenciais à pessoa, positivados num texto constitucional, revestidos assim de supremacia normativa. Ainda que sejam direitos naturais, o que significa dizer que pertencem às pessoas desde sempre, foram consagrados num outro patamar de prerrogativas a partir do processo de constitucionalização, como já observado, fato decorrente da evolução constitucional que marcou o pensamento jurídico de alguns países, com destaque para França, Alemanha e Estados Unidos.

Conforme José Joaquim Gomes Canotilho (2003), a inserção dos inalienáveis direitos naturais do indivíduo no ordenamento jurídico os positivou como direitos fundamentais, sendo tal processo realizado numa categoria superior, visto que os citados direitos foram incorporados como normas constitucionais, superando o *status* de simples ideais e aspirações, transportando-os para o topo da cadeia jurídica normativa dentro do Estado.

Nessa seara, o ilustre Konrad Hesse (1998, p. 225) afirma que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais”. Veja-se que o referido autor aduz à questão da positivação, ressaltando a necessidade de previsão normativa, o que traduz uma perspectiva formal sobre essa categoria de direitos.

Importa saber, entretanto, que isto não deve reduzir a conceituação e nem o reconhecimento a respeito dos direitos fundamentais, visto que conforme o nobre jusfilósofo Robert Alexy (2015), apesar de integrarem um determinado ordenamento jurídico de um país, uma vez que foram positivados, os direitos fundamentais reverberam para além dos limites nacionais, em razão da validade moral que os reveste, assim como pela caracterização de direitos do homem, aliás, anterior à positivação no texto constitucional.

No tocante à conceituação, ainda que seja tarefa complicada e bastante controversa no meio acadêmico, salutar é a concepção de Ana Luísa Sevegnani (2018, p. 12) sobre o assunto:

Os direitos fundamentais buscam proporcionar, sobretudo, os elementos básicos para uma vida fundada na liberdade e na dignidade humana. Tendo em vista a proteção de

bens jurídicos essenciais à convivência dos indivíduos, esses direitos devem estar positivados, da mesma forma, em um instrumento normativo com força vinculativa máxima e que esteja apto a garantir a sua efetivação, qual seja, a Constituição de cada ordenamento jurídico.

Cabe aqui a ressalva de que não apenas os conceitos são diversos como as terminologias também, haja vista que muitos dos autores já aqui mencionados tratam por vezes da mesma categoria de direitos, no entanto, cada um a seu modo acaba por enfatizar que se tratam de direitos do homem, ou direitos humanos, ou direitos fundamentais, ou ainda direitos humanos fundamentais, dentre outras denominações.

Dessa forma, sem a intenção de adentrar no mérito da questão, opta-se aqui neste trabalho pela nomenclatura “direitos fundamentais”, implicando na consideração de que são prerrogativas intrínsecas à condição do cidadão inseridas em texto constitucional. Destarte, conforme Hugo de Brito Machado (2009. p. 27), “o direito fundamental é aquele estabelecido pela Constituição, e cuja dimensão, em princípio, decorre da interpretação mais ampla possível da norma constitucional que o estabelece”.

No que tange às dimensões dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet (2018) afirma que se trata de considerações teóricas relativas à trajetória existencial dos direitos fundamentais a partir do surgimento das primeiras Constituições, sendo que evoluíram à medida que a realidade humana sofreu transformações, o que implicou em novas perspectivas sobre o conteúdo dos catálogos constitucionais, notadamente delimitadas em três dimensões (ou gerações).

Conforme Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018), as gerações de direitos fundamentais são reflexos da evolução histórica constitucional, onde a primeira geração se atrela aos direitos positivados no contexto das revoluções americana e francesa, exigindo uma postura negativa estatal, de não intervenção nas liberdades individuais; eram direitos que traduziam abstenções dos governantes. Por sua vez, a segunda geração reflete uma necessidade de que sejam realizadas prestações positivas pelo Estado, haja vista que os direitos nela compreendidos exigem uma ação corretiva dos governantes, garantindo-se, assim, igualdade para todas as pessoas; são os chamados direitos sociais. Por fim, a terceira geração se caracteriza por direitos pertencentes não aos homens de forma isolada, mas de maneira conjunta, devidos à coletividade, como exemplo direito à paz e a um meio ambiente de qualidade.

Nessa mesma linha de raciocínio, o ilustre professor Paulo Bonavides (2011) leciona que os direitos de primeira geração são oriundos da fase inicial do movimento constitucionalista, identificados como direitos de liberdade, cujas pretensões civis e políticas

marcaram o período. Nessa referida categoria, são titulares os indivíduos e tais atributos são oponíveis ao Estado, caracterizados pelo traço da subjetividade que traduz o homem livre da sociedade civil. Já os direitos da segunda geração são decorrentes do chamado Estado social, aliás por isso denominados direitos sociais, atrelados ao princípio da igualdade e ao movimento constitucionalista da social-democracia, impondo às autoridades estatais prestações materiais. Por último, os direitos da terceira geração estão assentados no ideal de fraternidade, vislumbrados no final do século XX, compreendidos como direitos próprios da coletividade humana, identificados segundo a perspectiva teórica de Karel Vasak como sendo os direitos de comunicação, ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Ademais, o mencionado Paulo Bonavides (2011, p. 571), insaciável estudioso, ressalta uma quarta geração de direitos fundamentais, resultante do processo de globalização. Segundo o nobre constitucionalista:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Apesar das citadas gerações de direitos serem próprias de um determinado período, oportuno frisar que elas não substituem se substituem, como seguindo um processo sequencial; na verdade, os holofotes que recaem sobre um específico grupo de direitos num dado momento histórico simboliza uma nova perspectiva teórica oriunda da própria evolução que marca o pensamento jurídico constitucional.

3.2 Direito à sexualidade: versões do direito fundamental à liberdade

Primeiramente, salienta-se que o direito fundamental à liberdade se configura como prerrogativa primordial às aspirações do indivíduo, das mais simples às mais complexas, revelando-se de inúmeras formas. Manifesta-se como um atributo pessoal que viabiliza ao sujeito agir conscientemente para ser, escolher, abster-se, viver, ou seja, controlar os próprios desígnios. Nas palavras de José Afonso da Silva (2014, p. 235), “liberdade consiste na

possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

A noção de liberdade se relaciona à questão da autonomia privada, uma vez que implica ao indivíduo plena capacidade para optar pelas decisões que lhe convém, seja escolhendo qual profissão exercer, ou qual religião seguir, ou ainda quais lugares frequentar. Assim, o direito à liberdade comporta várias manifestações, produzindo diversas liberdades: de expressão, de locomoção, de associação e reunião, de religião, dentre outras (MARMELSTEIN, 2014).

Nessa senda, considerando que o referido direito se vislumbra no cotidiano de diferentes maneiras, ressalta-se aqui uma versão menos debatida dessa prerrogativa fundamental, a chamada liberdade sexual, a qual diz respeito à autonomia do indivíduo em licitamente desfrutar de sua sexualidade conforme queira, como uma externalização de sua essência; o que de certa forma também se conecta à questão dos direitos da personalidade.

Segundo Maria Berenice Dias (2007, p. 3):

A sexualidade integra a própria condição humana. É um direito humano fundamental que acompanha o ser humano desde o seu nascimento, pois decorre de sua própria natureza. Como direito do indivíduo, é um direito natural, inalienável e imprescritível. Ninguém pode realizar-se como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende a liberdade sexual, albergando a liberdade da livre orientação sexual. O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.

Como descrito pela ilustre autora, a liberdade sexual se atrela ao direito à sexualidade e vice-versa. Assim, seja uma ou outra terminologia, a ideia permanece a mesma: plena autonomia sexual. Aliás, tal autonomia é traço marcante de cada pessoa e não pode ser reprimida ou cerceada, haja vista que conforme visto no início deste capítulo, por ser um direito de liberdade, portanto de primeira dimensão, caracteriza-se por uma não intervenção no seu exercício. Assim, consoante Juliana Cesario Alvim Gomes (2019, p. 146), “a relação entre liberdade e sexualidade sob o ponto de vista jurídico é estabelecida pelo conceito de liberdade sexual, que tem sido vista sob a lente da não interferência”.

Para Roger Raupp Rios (2006), os elementos constitutivos do direito à sexualidade são abarcados pelas liberdades individuais próprias dos direitos fundamentais de primeira geração,

surgidos no início do movimento constitucionalista. Da mesma forma, faz-se presente o princípio da igualdade (comum à segunda geração), haja vista ser conveniente impedir quaisquer discriminações baseadas em posturas sexuais distintas. Daí, amparado na igualdade e na liberdade, o direito à sexualidade pode ter inúmeros desdobramentos, como liberdade sexual, expressão sexual, autonomia sexual, integridade sexual, dentre outros.

Apesar das aludidas considerações iniciais estarem assentadas na questão da liberdade, o direito à sexualidade também está intimamente ligado aos conceitos de igualdade e dignidade humana, o que denota sua relevância dentro do Estado Democrático de Direito. Veja-se que ser sexualmente livre somente é possível a partir do momento que o indivíduo é tratado com igualdade, no sentido de não ser cerceado como os outros também não são, e tendo sua dignidade preservada, já que é considerado com respeito.

Para Adilson José Moreira (2016), a sexualidade tem papel crucial nas metas que o ser humano traça ao decorrer da vida, implicando que a regulação das relações pelo direito não rejeite traços pessoais dos indivíduos, em razão dos modelos conservadores sociais impostos. É preciso reconhecimento da liberdade sexual como uma extensão da própria cidadania; ademais, tal liberdade deve ser visualizada como um aspecto basilar da identidade da pessoa, devendo ser plenamente desfrutada.

Nesse diapasão, a pauta aqui tratada tem especial relevância para homens e mulheres homossexuais, visto que suas ações e vivências dependem diretamente dos contornos dados à concepção do direito à sexualidade, e conseqüentemente, à liberdade sexual. Em termos práticos, para eles e elas, o debate que se segue também implica em abordagens sobre privacidade, intimidade, personalidade e segurança, ou seja, tem valor ímpar, uma vez que tende a impactar profundamente suas vidas de diversas formas.

Conforme Roger Raupp Rios (2006), o direito à sexualidade está juridicamente protegido e justificado nos princípios fundamentais da liberdade e igualdade, promovendo a confirmação da dignidade humana, uma vez concretizado o respeito à livre escolha sexual. Assim, a liberdade, a igualdade e dignidade são basilares na construção do mencionado direito.

Nesse mesmo sentido, ressalta-se o posicionamento de José Carlos Teixeira Giorgis (2002) acerca do fato de que a pertinência do princípio da dignidade humana se perfaz através do respeito assegurado à identidade da pessoa em qualquer que seja sua escolha sexual, tanto pelo mesmo sexo, quanto pelo sexo oposto, ou ainda por ambos; essa opção reveste uma dimensão primordial de sua subjetividade, característica esta que alicerça o desenvolvimento da personalidade desse indivíduo. Já com relação à igualdade, fato é que se duas pessoas de sexo opostos são juridicamente bem acolhidas, as de mesmo sexo merecem o mesmo

tratamento, uma vez que algo diferente disso afrontaria o princípio constitucional da isonomia, cujo alcance busca nivelar equitativamente os cidadãos diante de uma norma legal posta.

Oportuno destacar que a discussão sobre direito à sexualidade tem forte ligação com a questão dos chamados direitos sexuais, compreendidos resumidamente como atributos de pleno exercício da sexualidade, os quais resultaram de pertinentes debates no plano jurídico internacional a partir dos anos 90, sobretudo no tratamento de direitos humanos. No dizer de Juliana Cesario Alvim Gomes (2021, p. 4), reproduzindo conceituação da organização não governamental IPPF (Federação Internacional para o Planejamento Familiar), "direitos sexuais são compreendidos por um conjunto de direitos relacionados à sexualidade que emanam dos direitos à liberdade, igualdade, privacidade, autonomia, integridade e dignidade de todas as pessoas".

De maneira bem didática, Adilson José Moreira (2016, p. 36) ensina que os referidos direitos podem ser compreendidos da seguinte forma:

Em primeiro lugar, direitos sexuais garantem a liberdade sexual. Pretende-se, assim, permitir que os indivíduos possam engajar em práticas sexuais sem que isso seja motivo de restrição de direitos, entendimento baseado na classificação da atividade sexual como uma necessidade humana. Por outro lado, direitos sexuais também implicam a eliminação de padrões culturais que associam práticas sexuais e poder social. A ideia de direitos sexuais significa, neste contexto, a superação de normas que regulam a sexualidade de acordo com as relações assimétricas entre os diversos grupos sociais. O prazer é algo que deve estar ao alcance dos indivíduos que são livres para praticar atos sexuais, mas ele é alcançado quando a atividade sexual baseia-se nas escolhas pessoais e não em papéis socialmente determinados. Esse entendimento de direitos sexuais procura então combater, fundamentalmente, o problema da supressão da sexualidade decorrente do domínio masculino e heterossexual. Direitos sexuais também podem ser entendidos como um direito à autodeterminação, o que inclui, entre outras coisas, a possibilidade de viver de acordo com a própria orientação sexual.

Ainda conforme a autora Juliana Cesario Alvim Gomes (2021, p. 4), os aludidos direitos possuem "múltiplas dimensões, incluindo de prestação e de proteção, individuais e coletivas, oponíveis ao Estado e também a particulares [...] consistem em um rol aberto e não taxativo de direitos relativos à sexualidade e à identidade de gênero". Veja-se que a noção central dos direitos sexuais se assenta na ideia de liberdade sexual, esta retratada como autonomia para realização pessoal, além de encabeçar uma transformação estrutural paradigmática na sociedade, tanto em termos sociais quanto jurídicos.

3.3 Homofobia: uma violação de direitos fundamentais

O termo homofobia, consoante apontamento de Rogério Diniz Junqueira (2012), foi inicialmente usado em 1972 pelo psicólogo americano George Weinberg, definindo certas posturas e emoções contrárias aos homossexuais. Assim, medo, desconforto, desprezo, aversão e outros sentimentos negativos tendem a traduzir a homofobia como uma repulsa à homossexualidade, esta configurada como relações sexuais e afetivas entre as pessoas do mesmo sexo.

Nas palavras de Daniel Borrillo (2010), a homofobia se configura como todo e qualquer ato de hostilidade contra homens e mulheres homossexuais; porém, ainda que essa rejeição irracional seja componente central da homofobia, ela não se resume somente a isto. Similarmente ao que ocorre nas situações de racismo, antissemitismo e xenofobia, ela representa uma arbitrariedade pautada na inferioridade ou anormalidade do outro, cuja diferença deve ser recriminada e expurgada do universo convencional da sociedade.

Presente desde os primórdios da história humana em sociedades distintas, a homossexualidade sempre esteve vinculada a algo irregular, como sendo um desvio explicado de inúmeras formas: pecado, doença, distúrbio mental, falha comportamental e outras. Assim, o discurso servia à estigmatização de que se estava diante de uma anormalidade, considerando-se que o padrão comparativo era a heterossexualidade, esta imposta pela classe dominante socialmente, politicamente e juridicamente.

Luciana Leila Fontes Vieira (2009) relata que no campo da medicina, em meados do século XIX, a homossexualidade ganhou destaque enquanto patologia a ser reconhecida e tratada, cujo objetivo era regular a vida sexual do indivíduo, normalizando-a. A sexologia, surgida nessa época, apesar de importante em certo sentido para a compreensão da sexualidade, inicialmente esteve voltada para a caracterização patológica da homossexualidade, o que conseqüentemente criou a ideia de que a pessoa homossexual, por estar fora dos padrões, deveria ser objeto de investigação clínica e de vigilância. Destarte, o discurso científico que sorrateiramente conferia irrefutabilidade a tais estudos e fatos contribuiu no estabelecimento de estigmatização, violência e discriminação.

Conforme descrição de Guacira Lopes Louro (2004), as práticas sexuais e amorosas entre sujeitos do mesmo sexo eram definidas como sodomia, taxada como pecaminosa, mas a partir da segunda metade do século XIX surgiu a chamada homossexualidade, vislumbrada

como prática específica de indivíduos incomuns, categorizados por desvirtuamento das normas impostas, o que acabou por render-lhes segregação e inúmeros outros tipos de violências.

Ademais, veja-se que homens e mulheres homossexuais sempre foram alvo de homofobia, ainda que essa concepção terminológica tenha sido construída especificamente após os trabalhos de Weinberg, como já mencionado anteriormente; mas fato é que a história de pessoas homossexuais sempre foi marcada por rejeições e violações. Nesse sentido, aliás, Jaqueline Gomes de Jesus (2015) comenta que esse específico grupo passou por grandes adversidades ao longo dos anos, sendo alvo de inúmeros fatos fundamentalistas degradantes, como as condenações à morte na fogueira pela Santa Inquisição, a eliminação em massa promovida pelo regime nazista, a criminalização (presente ainda em muitos países), a categorização como doença ou transtorno, dentre muitas outras.

Segundo Marco Aurélio Máximo Prado e Frederico Viana Machado (2008), a homofobia foi intensificada por meio do processo discriminatório social que invisibilizou outros tipos de sexualidade, criando uma espécie de hierarquia sexual cuja base se firmou na supervalorização dos heterossexuais; tudo corroborado em mecanismos morais, religiosos e até mesmo científicos. Aliás, essa opressão invisibilizada se propõe a manter com naturalidade a inferiorização desses indivíduos de tal forma que nada seja visto como atos de injustiça.

Assim, de maneira pontual, o ilustre autor Daniel Borrillo (2010, p. 33) comenta que:

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa postura, extrai consequências políticas [...] 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 antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente.

Tais considerações são relevantemente cruciais para se delimitar o problema a partir da perspectiva jurídica, haja vista que delas é possível retirar a ideia de que a homofobia reproduz um sistema de desigualdade, discriminação e exclusão, por óbvio não condizente com as bases que estruturam o Estado Democrático de Direito. Veja-se, portanto, que em todos os sentidos a

propagação da homofobia consiste em violação de direitos, tanto a dignidade humana, quanto a liberdade e a igualdade, os quais num aspecto mais específico sedimentam os direitos sexuais, cuja base é a sexualidade em toda sua expressão e legitimidade.

Nesse ponto é que Rogério Diniz Junqueira (2012, p. 7) aduz que a referida prática se configura como “[...] fator de restrição de direitos de cidadania, como impeditivo à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, aos direitos humanos e, por isso, chega-se a propor a criminalização da homofobia”. Não custa lembrar, aliás, que a função do Direito é regular o meio social, de forma que todas as pessoas sejam respeitosamente consideradas, o que incorreria em convívio satisfatório e pacífico.

Nas palavras de Roger Raupp Rios (2007), a homofobia intensamente viola direitos basilares das pessoas homossexuais, os quais para além do reconhecimento nacional, são também consagrados no plano normativo internacional. Essa lesão de diversos bens jurídicos ocorre, principalmente, em decorrência das violências física e moral; assim, independentemente se atinge a integridade corporal ou gere danos íntimos, ocultos, a discriminação que reveste a homofobia é manifesta contrariedade ao Direito, haja vista que inviabiliza o exercício de direitos inatos da pessoa.

Ademais, conforme ressaltam Dirceu Pereira Siqueira e Robson Aparecido Machado (2018), a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, enquanto documento internacional, estabeleceu que determinados direitos são próprios da pessoa pela básica condição humana, sendo rechaçada qualquer distinção, inclusive referente à sexualidade. Contudo, somente em 1994, após um julgamento na Austrália (caso Toonen v. Austrália) pautado na homossexualidade, esta considerada crime no país à época, é que efetivamente a ONU tratou da homofobia declarando por meio do Comitê Internacional de Direitos Civis e Políticos que todas as leis que violassem direitos LGBTs eram também violadoras de direitos humanos.

Ainda segundo os referidos autores, a ONU editou Resolução importante no ano de 2011, intitulada de “Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, cuja principal missão era fazer levantamentos e estudos sobre violências motivadamente homofóbicas e sobre leis discriminatórias. Em termos práticos, tal resolução foi pioneira no que diz respeito à defesa de direitos das pessoas LGBTs, inclusive tendo como participante direto o Brasil, já que foi um dos países proponentes desta resolução (SIQUEIRA; MACHADO, 2018).

No plano interno, destaque-se que o diploma jurídico maior do país foi pensado para ser o mais amplo possível, cuja envergadura de proteção recairia sobre todas as pessoas, tanto que carinhosamente recebeu a alcunha de “Constituição Cidadã”. Assim, por óbvio, a homofobia se

configura como claro e grave desrespeito às normas constitucionais, uma vez que diversos princípios nela consagrados são violados com a constância dessa prática discriminatória.

Nesse sentido, Gabriela Balestro e Alexandre Bahia (2018, p. 149) descrevem que:

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição, fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II), além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, caput) (etc.). Contudo, pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual.

A homofobia é, portanto, violação de direitos fundamentais porque descumpre os mandamentos constitucionais que afirmam a igualdade, a liberdade e a dignidade humana, chegando ao extremo de ser violação do direito à vida, haja vista que os muitos atos homofóbicos resultam nas mortes de inúmeras pessoas que se portam diferentemente dos padrões heterossexuais. Na realidade, de certo modo a homofobia reverbera uma repressão tão significativa que torna contraditório o discurso de vivência num ambiente de Estado Democrático de Direito. É nesse sentido que os supracitados autores teceram a necessária crítica de que nada concreto é feito pelo Legislativo, a quem caberia produzir leis para combater as mazelas decorrentes das práticas homofóbicas.

No Brasil, aliás, algumas tentativas de enfrentamento da homofobia foram abertamente reprimidas, o que demonstra o quão colossal é o problema, inclusive denotando a permissividade do Estado Brasileiro ante as violações dos mencionados direitos LGBTs. Projetos e mais projetos de leis foram arquivados, sempre esbarrando na resistência de vários parlamentares conservadores, cuja homofobia ficava por diversas vezes escancarada. Exemplo disso foi o Projeto de Lei da Câmara n.º. 122 de 2006, que conforme Balestro e Bahia (2018), buscava criminalizar as práticas homofóbicas, mas foi arquivado em 2015 após nove longos anos de tramitação. Dessa forma, o Congresso Nacional reforçou uma exclusão histórica e cruel.

4 ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA COMO MECANISMO DE DEFESA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste terceiro capítulo, a análise se dá em torno dos julgamentos pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, que resultaram na criminalização da homofobia, e de que forma a decisão se caracteriza como ativismo judicial em prol da defesa de direitos fundamentais. Para tanto, discute-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal na equiparação da homofobia ao crime de racismo e se tal medida não usurpava a função do Poder Legislativo, haja vista que para muitos a ilustre Corte estaria “legislando”. Ademais, a abordagem deste derradeiro capítulo também se volta para algumas considerações teóricas de alguns autores na tentativa de melhor se ilustrar a benevolência de uma decisão judicial ativista.

4.1 ADO 26 e MI 4733: A criminalização da homofobia

Preliminarmente, é importante ressaltar-se a necessidade de conceituação tanto da específica ação de controle de constitucionalidade, quanto da ação constitucional (também chamada remédio) para fins de melhor compreensão dos pormenores da referida criminalização da homofobia e da defesa de direitos fundamentais, aliás, o próprio surgimento de tais ações se atrela diretamente à expansão do Judiciário.

Pois bem, conforme Bernardo Gonçalves Fernandes (2021) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é uma ação de controle que objetiva a declaração de inconstitucionalidade de um Poder Público omissor, já que não concretiza os comandos previstos em Constituição. Assim, ela busca evidenciar que falta lei ou ato normativo necessários à viabilização de direitos constitucionalmente consagrados, ou seja, por meio dela demonstra-se que a inércia do Poder Público afronta a própria Constituição.

Por sua vez, pontua Alexandre de Moraes (2017) que a razão por trás da ADO se assenta na tentativa de dar eficácia àquelas normas da Constituição que necessitam de complementação infraconstitucional; dessa forma existe um comando previsto no diploma maior do país e o poder público se omite em cumpri-lo. Essa abstenção, portanto, caracteriza a inconstitucionalidade e, assim, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão serve para combater essa síndrome de inefetividade.

Em termos gerais, vislumbra-se que a mencionada ação tem relevante finalidade de defesa do texto constitucional, haja vista que por meio dela é possível provocar o Poder Judiciário sob a justificativa de que a inércia do poder público para regulamentar determinada

norma é altamente prejudicial às pretensões democráticas do Estado. A mora na regulamentação dos comandos infraconstitucionais contraria o texto da Constituição Federal e, a partir da ADO, ganha visibilidade suficiente para ser combatida.

Por seu turno, o Mandado de Injunção, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXI, é conforme apontamento de Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2016) um instrumento processual inovador que busca a concretização do exercício de direitos fundamentais ante a ausência normativa que impossibilita o gozo de tais direitos; assim, é ação pautada entre a imperatividade dos comandos da Constituição e as posturas insatisfatórias legislativas, visualizadas através de omissões.

Veja-se que assim como acontece com a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção se volta para inércia do poder público, cuja omissão é flagrantemente inconstitucional. Contudo, importa destacar que são instrumentos diferentes, apesar de complementares. Conforme Marcelo Novelino (2021), ambos instrumentos foram consagrados para garantir a supremacia da Constituição nas hipóteses de omissões inconstitucionais, mas são ações com características bem distintas, inclusive ao ponto de uma não poder ser convertida na outra.

Em quadro expositivo, resumidamente Bernardo Gonçalves Fernandes (2021) mostra que enquanto a ADO tem como legitimados ativos os sujeitos específicos do art. 103 da CF/88 (dos quais apenas os legitimados não universais devem demonstrar interesse de agir), sendo processo objetivo, portanto abarca discussão em abstrato e tem decisão *erga omnes*, tendo procedimento processual disciplinado pela Lei nº 12.063/2009, diversamente o Mandado de Injunção tem vários legitimados ativos (pessoa física, pessoa jurídica, MP, Defensoria e outros), todos com obrigação de demonstrar o interesse de agir, sendo um processo subjetivo, o que implica numa discussão em concreto e em decisão *inter partes*, além de ter procedimento disciplinado pela Lei nº 13.300/2016.

Pois bem, traçadas essas considerações iniciais, convém adentrar-se de fato na discussão específica sobre a criminalização da homofobia, resultado da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e do Mandado de Injunção 4733, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT).

Cronologicamente, a impetração do MI 4733 se deu primeiro e em seguida se propôs a ADO 26. Segundo ressalta Ricardo Bittencourt (2020), em decorrência de uma robusta omissão legislativa de anos, como aquela que ocasionou o arquivamento do promissor Projeto de Lei da Câmara 122/2006, a ABGLT impetrou em 2012 o citado Mandado de Injunção 4733 no

Supremo Tribunal Federal, para que fosse o Poder Legislativo brasileiro instigado a criminalizar as violadoras práticas homofóbicas e transfóbicas. Posteriormente, o PPS propôs a ADO 26 requerendo que o mesmo STF declarasse a inconstitucionalidade dessa omissão do Congresso Nacional, haja vista nunca ter cumprido com seu nobre papel em dar efetividade às normas constitucionais no que concerne ao combate às ações discriminatórias, especificamente no que tange às condutas homotransfóbicas.

Em breve síntese, o Mandado de Injunção 4733 requeria através de Petição Inicial que fossem criminalizados todos os atos atentatórios aos direitos das pessoas LGBT, fossem eles discursos de ódio, agressões, ameaças, homicídios, dentre muitos outros atos lesivos assentados na discriminação motivada por orientação sexual e/ou identidade de gênero. Para tanto, buscou-se reconhecimento de que a não criminalização de corrosivas e reiteradas práticas homotransfóbicas incidia claramente em mora inconstitucional do Congresso Nacional, assim era urgente a necessidade de aprovação de uma legislação criminal. Ademais, caso o prazo estabelecido pelo STF para efetivar tal medida fosse descumprido, que houvesse o reconhecimento de que as mencionadas práticas homotransfóbicas fossem equiparadas às condutas racistas, com base na Lei nº 7.716 de 1989, passando a serem punidas conforme esta específica legislação, até o momento em que sobreviesse lei própria de criminalização da homofobia.

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 requeria na Petição Inicial a declaração de mora inconstitucional por parte do Congresso, concernente à criminalização de ações atentatórias às liberdades e aos direitos das pessoas LBGT, exigindo-se da Corte medida para solucionar tão grave inércia do Estado brasileiro, o qual se mostrava especificamente deficiente na defesa efetiva de cidadãos e cidadãs. Assim sendo, já que o referido Congresso Nacional tendia a insistir em descumprir a supremacia constitucional advinda dos regramentos da Constituição Federal (incisos XLI e XLII do art. 5º), pediu-se que fosse considerada racista toda conduta lesiva motivada em discriminação por orientação sexual e/ou por identidade de gênero, a ser punida com o mesmo rigor da Lei nº 7.716 de 1989.

Veja-se que, dadas as devidas características procedimentais de ambas as ações, tanto o MI quanto a ADO versavam sobre mesmo teor e isto fez com que fossem reunidas para julgamento conjunto. No final das contas, coincidentemente, tais ações objetivavam denunciar a danosa inércia legislativa brasileira frente a necessidade de proteção das pessoas LBGT, estas não apenas execradas pelas ações dos mais diversos sujeitos na sociedade, mas também pelas omissões de parlamentares em nada alinhados aos comandos constitucionais de promoção do tratamento igualitário e digno, condição basilar para exercício da cidadania.

Ademais, o caso repercutiu na mídia e dividiu opiniões; o debate coletivo acerca do mesmo ampliou-se ainda mais com a participação, na condição de *amicus curiae*, de diversas entidades da sociedade civil, umas a favor da criminalização, outras contra. Por fim, após sustentações orais históricas, acaloradas discussões e minuciosa análise dos ministros, em junho de 2019 o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência das respectivas ações por maioria dos votos, vencidos na ocasião os ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Assim, foi declarada a omissão normativa inconstitucional do Congresso Nacional e reconhecido, por meio de interpretação conforme a Constituição Federal, o enquadramento da homotransfobia como tipo penal característico da Lei de Racismo (Lei 7.716/89), até que se editasse norma própria incriminadora das mencionadas práticas homotransfóbicas (APOLINÁRIO; COSTA; 2022).

Oportuno salientar trecho do voto exemplar e histórico do relator da ADO 26, Ministro Celso de Mello, advertindo para a necessidade de proteção de minorias sociais, visto que aquela respectiva demanda se assentava em socorro a pessoas excluídas e renegadas até pelo próprio Estado:

Encerro o meu voto, Senhor Presidente, enfatizando que este processo revela que, nele, está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo ao Supremo Tribunal Federal fazer prevalecer, em toda a sua grandeza moral, a essencial e inalienável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito à orientação sexual e à identidade de gênero de cada pessoa que vive sob a égide dos postulados que informam o próprio conceito de República. Aceitar tese diversa significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos formados com base na orientação sexual ou na identidade de gênero, notadamente àquelas pessoas que se expõem, como os integrantes da comunidade LGBT, a uma situação de maior vulnerabilidade (BRASIL, STF, 2019).

Por sua vez, o relator do Mandado de Injunção 4733, o Ministro Edson Fachin, brilhantemente assevera que a procedência deste *mandamus* decorre do claro e inquestionável

comando vindo da Constituição Federal no que concerne à criminalização de todas as práticas discriminatórias lesivas de direitos e liberdades, como é peculiar à homotransfobia, além de enfatizar que é latente a omissão do Congresso, o que consubstancia mais ainda o sofrimento das pessoas LGBT:

No mérito, é procedente o presente mandado de injunção, pois o direito constante do art. 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação. O dispositivo constitucional invocado, como já se afirmou aqui, é o constante do art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Inicialmente, cumpre reconhecer ser atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero [...] Sendo, portanto, atentatória ao direito à igual dignidade, a discriminação homo e transfóbica é incompatível com o Estado de Direito e reclama, por expressa incidência do art. 5º, XLI, da CRFB, punição da lei [...] No presente caso, no entanto, há uma especificidade que está a indicar que a lacuna não decorre exclusivamente da falta de norma que tipifique o ato atentatório, mas também da própria ofensa à igualdade, uma vez que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto. Há, nessa dimensão, uma gritante ofensa a um sentido mínimo de justiça. A omissão legislativa estaria a indicar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa homossexual ou transgênera é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade [...] Nada na Constituição autoriza a tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. Toda pessoa tem o direito de viver em uma sociedade sem preconceitos. Toda pessoa deve ser protegida contra qualquer ato que atinja sua dignidade [...] A discriminação sexual ou de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor (BRASIL, STF, 2019).

Ressalta-se que, ainda que não aprofundando em todos os pormenores do caso, em razão de suas várias camadas, as principais críticas tecidas por aqueles que discordaram da decisão foram as questões relacionadas ao descumprimento do princípio da legalidade penal e da separação dos Poderes, haja vista que aos olhos de muitos o Judiciário, no caso o STF, estava legislando, já que instituiu novo tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Gabriela Turra e Álvaro Machado (2021), o STF criou novo crime ao tratar da homotransfobia e essa aludida criminalização por decisão judicial rompeu limites que

sustentam uma democracia constitucional, tanto o importantíssimo princípio da legalidade quanto a cláusula de separação dos poderes. A decisão da Corte desprezou o comando constitucional no que tange à reserva legal para criação de crimes e conseqüentemente violou a separação de poderes, invadindo competência legislativa.

Esclareça-se, contudo, conforme apontamento de Ricardo Bittencourt (2020) que o Supremo não instituiu crime novo algum, posto que já existia previamente o tipo penal em legislação, a Lei nº 7.716/89. Ocorre que houve interpretação conforme a Constituição, pela qual o STF apenas considerou a homofobia como prática condizente com o racismo, este concebido socialmente, dissociado de elementos fenotípicos e biológicos de um grupo determinado.

Assim, não houve descumprimento do princípio da legalidade penal, o que implica dizer que os magistrados não legislaram, mas sim cumpriram pontualmente com a tarefa de interpretação que lhes cabe, ainda mais nessa situação evidenciada pelo julgamento da ADO 26 e do MI 4733, onde foi possível ver que o Poder Legislativo inadequadamente se manteve omissos ante todas as violações significativas sofridas pelas pessoas LGBTQIA+, sigla esta mais abrangente, e por fim, mais adequada.

4.2 A legitimidade do Supremo Tribunal Federal

A guarda da Constituição, segundo redação do próprio texto constitucional no artigo 102, é consagrada ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil. Para além dos ditames que constam nas alíneas desse mesmo artigo, como referentes à apreciação da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção, instrumentos anteriormente tratados, relevante é esta missão que o *caput* aduz num sentido hermenêutico amplo, haja vista que a Constituição é a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito; portanto, a nobre tarefa exercida pelo STF implica em concretização deste diploma jurídico maior que confere direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Assim, conforme Marcelo Novelino (2021), o papel do Supremo Tribunal Federal deve voltar-se para promover a igualdade, a justiça e a liberdade, dando efetividade aos direitos fundamentais por meio de decisões que traduzam ao máximo os preceitos normativos da Constituição e que sirvam para orientar as apreciações judiciais futuras. Em virtude dos arranjos constitucionais contemporâneos, essa específica Corte precisa estar apta a dar soluções às complexas demandas que até ela chegam.

Veja-se que, uma vez legitimado pela própria Constituição Federal, como principal arma para resguardar os regramentos nela emoldurados, o Supremo tem a prerrogativa de controle do que se alinha ou não ao texto constitucional, decorrendo daí uma primordial atividade interpretativa, superando o mero ofício de dizer o direito, pela qual objetiva-se alcançar o sentido mais produtivamente útil ao pleno exercício dos direitos fundamentais pelas pessoas.

Nos pontuais lições de Mauro Cappelletti (1993), houve num dado momento, sobretudo com a profunda transformação social do *welfare state*, a superação do pensamento tradicional que enxergava a prática judiciária como atividade puramente mecânica, sendo o juiz um mero boca da lei. A dinâmica social exigia uma forma de decidir que pudesse ir além da argumentação abstrata lógica e, assim, conforme abertura dada pelo direito, o magistrado desempenharia uma atividade de interpretação da lei, exercendo de forma criativa seu papel judiciário, com margem para fazer escolhas, sem, contudo, isso necessariamente representar arbitrariedade.

Nesse sentido, Felipe Alves Babiuk (2017) relata que a relativização do formalismo jurídico tradicional promoveu maior atuação do Judiciário em questões relevantes, influenciando diretamente nos rumos vivenciados pela sociedade:

A ascensão do Poder Judiciário no cenário político do Estado durante o século XX acaba por instigar renovações teóricas que procuram explicar a nova função da jurisdição constitucional dentro do desenho institucional, considerando que o papel que por anos foi conferido aos juízes pelo positivismo clássico, ao qual estes eram meros aplicadores do direito através da subsunção, não havendo uma atividade interpretativa, foi deixado de lado, aceitando-se um papel mais dinâmico do juiz. O formalismo jurídico que defendia a concepção de que o direito era expressão da razão lógica e dedutiva, pautada na subsunção de fatos à norma, paulatinamente vai abrindo espaço para a interpretação argumentativa e o nascimento do pós-positivismo como superação ao positivismo jurídico (BABIUK, 2017, p. 26).

No que tange especificamente ao Supremo Tribunal Federal, onde juízes e juízas não apenas dizem o direito, conforme Daniel Mitidiero (2014), convém mencionar que por ser Corte Suprema, goza da prerrogativa de busca de sentidos para a Constituição, cuja interpretação resulta em pluralidade semântica ampla, sendo, portanto, um tribunal que se caracteriza por uma atividade judicial interpretativa, desempenhando, pois, uma função proativa.

Nessa linha de raciocínio, discorre Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 181) que:

Mais do que coparticipante do processo de criação do Direito, o juiz passa a desempenhar, por meio da interpretação constitucional, uma atividade de atualização

da Constituição, operando uma verdadeira mutação constitucional ou mudança informal do texto constitucional. [...] E essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade de criar o Direito, se acentua consideravelmente no domínio da interpretação constitucional, sobretudo em razão da estrutura normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras que apresentam maior abertura, maior abstração, maior indeterminação e, em consequência, menor densidade normativa, circunstância que atribui ao intérprete um notável espaço de conformação. O que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição.

Ademais, frise-se que o fortalecimento da atuação jurisdicional teve significativa influência do movimento constitucionalista, como já relatado no primeiro capítulo deste trabalho. Os tribunais tornaram-se arenas de decisões orientadas pelas Constituições, as quais demandavam satisfação dos direitos ali contidos. No cenário brasileiro, por exemplo, a Constituição Federal de 1988 provocou uma revolução judicial sem precedentes, sobretudo porque apresentou ao longo de seu texto vários direitos, cuja prestação ineficiente pelo Estado implicava em busca de sua satisfação no Judiciário.

Luís Roberto Barroso (2015) ressalta que com a promulgação da Constituição de 1988, abrangente em temas, o Judiciário brasileiro viu crescer vertiginosamente sua participação na realização dos anseios de justiça que se atrelavam à satisfação de direitos fundamentais pela população, em certo sentido somente possível pela intervenção dos tribunais, tornados mais fortes e independentes, cuja dogmática jurídica interpretativa passava a ser sustentada em princípios constitucionais que reverberavam por todo o ordenamento jurídico, inclusive implicando numa criatividade maior dos juízes na tarefa de cumprir o que a Constituição Federal emanava.

Segundo Gustavo Buzzato (2017, p. 218):

[...] É exatamente aí que está o grande papel do Poder Judiciário na contemporaneidade, não no extremo negativo de mero aplicador, nem no extremo excessivo de um Poder invasor da seara de atuação dos demais Poderes, mas de um órgão que toma por base e considera todas as normas, princípios, valores, objetivos e espíritos jurídicos para resolver todo e qualquer conflito, para satisfazer toda e qualquer necessidade, direito ou anseio, para jamais deixar de dar provimento jurisdicional sempre que provocado, para adequar o ordenamento vigente às

realidades sociais que se apresentam e, assim, mantê-lo sempre moderno e plenamente aplicável. Vê-se que o Judiciário, hoje, desempenha um papel muito mais importante e abrangente do que de um simples órgão que julga. Assim, o agir jurisdicional deve sim ser amplo, intenso e ativo, dentro do seu respectivo âmbito funcional, e deve se pautar na interpretação criativa e evolutiva no sentido originalista, com fins a considerar todo o sistema jurídico-constitucional e fazer realizar os fins almejados pelo Direito, adequando-o, modernizando-o, aprimorando-o e concretizando-o.

Em termos gerais, a evolução da jurisdição constitucional ricocheteou na arena política os efeitos de uma nova era, marcadamente caracterizada por uma Corte, como no caso do STF, que regula os atos normativos vislumbrando se estão em conformidade com as exigências constitucionais. Essa prerrogativa de controle de constitucionalidade foi sabidamente fruto da reestruturação institucional provocada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual revestiu o mencionado STF com caracteres próprios de uma corte constitucional.

Pois bem, essas considerações preliminares, ainda que oportunas, não efetivamente denotam por quais motivos a legitimidade do Supremo Tribunal Federal se perfaz. Neste ponto, logo, são esclarecedoras as lições de Luís Roberto Barroso (2015) aduzindo que o papel contramajoritário do Supremo o legitima como verdadeiro agente defensor das minorias, uma espécie de sentinela, que cumpre dentro do Estado Democrático de Direito a missão de não deixar ao léu aqueles que não compõem a maioria, até porque a pretexto de se conceber a democracia como governo dessa maioria, existe uma faceta substantiva pautada na justiça, liberdade e igualdade que impede que os vencidos no processo político fiquem desamparados.

Conforme Barroso (2015), ainda que aparentemente se mostre incongruente o fato dos atos normativos emanados pelo Legislativo, e também atos do Executivo, serem invalidados por ministros que não foram escolhidos por voto popular, diferentemente dos agentes desses citados Poderes, a lógica dessa sobreposição se assenta no cumprimento da Constituição; assim, a legitimidade da jurisdição constitucional se baseia na proteção dos direitos fundamentais e na garantia de participação política de todos, aí presentes as minorias, no processo democrático de governo.

No contexto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e do Mandado de Injunção 4733, o supramencionado autor tece argumentos pertinentes sobre o assunto:

A criação primária de leis é papel típico do Poder Legislativo. O Congresso deve refletir os interesses e sentimentos da sociedade, passando-os no filtro da Constituição

para depurá-los dos excessos da paixão. Já a interpretação constitucional é o papel típico do STF, um exercício de razão pública. Na essência e como regra geral, a lei é um ato de vontade; a jurisdição é um ato de razão. No normal da vida, é possível traçar com clareza a fronteira entre uma coisa e outra, entre legislar e interpretar. Por vezes, no entanto, essa fronteira se torna menos nítida. Nos casos em que a fronteira não é clara, há uma linha que se procura traçar em boa teoria constitucional. Essa linha é traçada em dois planos diferentes. O primeiro: quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável da afronta à Constituição. No entanto, quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição. O segundo plano diz respeito à matéria em discussão. A regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin (BRASIL, 2019, p. 14-15).

Veja-se que a legitimidade da Corte se fundamenta no equilíbrio que a mesma oferece para o ambiente político e social, além da já reconhecida contribuição jurídica. A atuação em prol das minorias, com respaldo nos comandos constitucionais, corrobora uma determinada decisão judicial ante uma ação ou omissão inadequada do legislador ou administrador.

Destarte, ainda com base nos apontamentos do ilustre Luís Roberto Barroso (2015), considerando a resistência à validade desse poder contramajoritário do STF, de maneira perspicaz ele explica que existe também uma faceta de representatividade na atuação dos juízes, haja vista que o ingresso na magistratura ocorre por meio de concurso público, cujos concorrentes e aprovados são oriundos de classes sociais distintas, provocando um efeito democratizador dentro do Judiciário. Ademais, ressalte-se também que a atuação dos juízes e tribunais depende diretamente de iniciativa das partes, aos quais muitas vezes se está negando a plenitude de direitos que são garantidos constitucionalmente.

4.3 A garantia de direitos via ativismo judicial

Partindo-se da premissa de que a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26 e do MI 4733, que resultou na criminalização da homotransfobia, pode ser considerada como exemplo de ativismo judicial, nos moldes já arguidos no capítulo inicial deste trabalho, defende-se que este fenômeno jurídico tem validade ímpar dentro do Estado Democrático de Direito, quando serve à concretização dos comandos normativos da Constituição Federal, uma vez que efetiva o direito à igualdade, à liberdade, à dignidade e à vida, todos estes diretamente atrelados à proteção das pessoas LGBTQIA+.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2012), sendo o ativismo judicial o produto da ampliação interpretativa de normas e princípios constitucionais para regular situações, haja vista não haver intervenção legislativa, é assente o fato de que a construção ativista dos tribunais em diversas partes do mundo se sustenta destacadamente na afirmação de direitos fundamentais.

Ademais, as ações dos magistrados ativistas são decorrentes de uma legítima realização dos ideais das constituições, o que implica em posturas que rompam o passivismo que se firma nas limitações de um texto constitucional que diz mais do que a literalidade oferece. É nesse sentido que o supracitado autor ressalta:

Os juízes ativistas não se sentem restringidos nem mesmo presos ao sentido literal das constituições. Ao contrário, eles se sentem muito à vontade com a plasticidade das normas constitucionais e as possibilidades de juízos políticos e morais que essa característica normativa cria. Esses juízes assumem que seu papel é o de manter a constituição compatível com as circunstâncias sociais sempre em transformação e defendem que a interpretação criativa de normas constitucionais indeterminadas se mostra como o mais importante meio de cumprir esse papel. Os juízes ativistas enxergam a constituição como uma força dinâmica e, por isso, sentem a necessidade de se afastar, caso necessário, do sentido literal do texto, de sua estrutura ou de seu entendimento histórico para poder aproximá-la da realidade social subjacente. Juízes ativistas podem ser *arquitetos sociais* e a interpretação criativa das constituições é o instrumento legítimo dessa atuação [...] O juiz ativista preencheria lacunas, omissões legislativas, corrigiria as leis, inovando, dando-lhes sentidos ou adicionando-lhes novos significados, de modo a conformá-las melhor aos princípios e valores constitucionais (CAMPOS, 2012, p. 153-154).

Note-se que a busca pela concretização dos direitos fundamentais vinculada ao ativismo judicial funciona como um fator condicionante para sua validade, como sendo os fins que justificam os meios, cuja extensão interpretativa das normas constitucionais se legitima no

próprio texto constitucional, este concebido como diploma normativo que ampara a todas as pessoas e que direciona a prosperidade coletiva.

No que tange à realidade brasileira, Daniel Sarmento (2009) aponta que o ativismo judicial se justifica enquanto instrumento de proteção das minorias, tutelando direitos fundamentais e garantindo o próprio status democrático, haja vista que a atuação determinante do Judiciário serve à concretização da Constituição Federal frente a robusta crise de representatividade do Legislativo e à costumeira violação de direitos dos cidadãos brasileiros.

Se o ativismo judicial decorre de uma atuação proativa do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, como já reiteradas vezes destacou-se aqui, é possível inferir-se que tal fenômeno logo resulta da necessidade de se cumprir a própria Constituição; ela que reeditou os parâmetros institucionais brasileiros para melhor atender às pessoas, não em intangível plano teórico, mas sim no plano prático. Dessa forma, dignidade, liberdade, igualdade e demais direitos são previsões a serem desfrutadas, já que estão consagrados no texto constitucional e este tem força normativa. Se o legislador não cumpre com a tarefa de dar efetividade a isto, o juiz ativista, ao ser provocado, deve valer-se da melhor interpretação para tal.

Ademais, oportuno a ressalva que faz Jorge Ferraz de Oliveira Júnior (2014, p. 119):

Se não se está diante de um caso de vulneração a direitos fundamentais, tampouco de necessidade de desobstrução dos canais de acesso ao poder político, o ativismo judicial deve ser evitado, deixando que certas questões polêmicas sejam decididas pelo parlamento para fortalecimento do processo democrático mediante uma maior participação dos cidadãos nas decisões políticas ou responsabilização dos parlamentares perante seus eleitores.

Ou seja, o ativismo judicial deve ser considerado como uma ferramenta que impede violações a direitos garantidos constitucionalmente, como arguido na ADO 26 e no MI 4733, pelas quais a decisão do Supremo Tribunal Federal em equiparar os atos homotransfóbicos às condutas racistas, como forma de coibir tais práticas, endossou o tratamento igualitário e digno oriundo do diploma constitucional de 1988 devido à população LGBTQIA+.

A título de exemplo, ainda que não seja assunto desta pesquisa, mas conveniente ao entendimento da mesma, a atuação ativista do STF na decisão que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, via julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, justificou-se pela efetiva garantia de direitos fundamentais até então negados aos casais de

mesmo sexo, em decorrência direta da satisfação do princípio da isonomia, um dos pilares da Constituição Federal.

Veja-se que o ativismo judicial, enquanto meio que efetiva direitos, atrela-se ao processo de mudanças sociais que são marcantes na evolução constitucional dos países, tendo no dinâmico papel interpretativo das cortes um aliado primordial na eficaz tarefa de cumprir a normatividade do texto constitucional. Nesse sentido, Konrad Hesse leciona que:

[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, tem a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve - provocar mudanças na interpretação da Constituição (HESSE, 1991, p. 22-23).

Por óbvio, a interpretação constitucional tem como finalidade a concretização da Constituição, e uma vez que esta prevê uma gama de direitos, significa dizer que o objetivo dessa atividade interpretativa é assegurar a plenitude dos direitos ali constantes. Nesse ponto, a atuação ativista dos juízes se volta totalmente a esse fim e, se necessário, precisa buscar novos sentidos normativos que se adequem à realidade social vivenciada. Assim, conforme discorre Luís Roberto Barroso (2015), em virtude do reconhecimento da era em que se vive e dos anseios sociais que ela traz, o juiz lida com uma tarefa interpretativa que o condiciona a uma atuação mais proativa, sobretudo porque tem que atribuir sentidos a conceitos jurídicos incertos e a princípios abstratos, ponderando e valorando aquilo que melhor traduza as exigências constitucionais.

Por fim, consoante apontamento de Caldas (2017), o ativismo judicial, decorrente da transformação paradigmática da função judiciária, caracteriza-se pela postura mais ampla do Judiciário na concretização de direitos constitucionais, assentados na dignidade da pessoa humana, efetivando aquelas demandas sociais que interessam à coletividade, inviabilizadas pela retração tanto do Legislativo quanto do Executivo. Para além disso, tal ativismo serve como medida de efetividade também para o sistema de freios e contrapesos, importantíssimo no

Estado Democrático de Direito, haja vista que o controle da inércia inconstitucional feita pelo Judiciário impõe aos outros Poderes implementação dos negligenciados direitos fundamentais, estes requeridos judicialmente.

Ademais, considerando todos os apontamentos aqui relatados, claramente o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal reflete uma busca legítima de garantia de direitos, sobretudo nas aludidas situações em que grupos vulneráveis são excluídos, invisibilizados e violentados, como historicamente ocorreu às pessoas LGBTQIA+. Nenhuma omissão, exclusão ou violência se justifica diante dos regramentos e previsões que decorrem da Constituição Federal, a qual privilegia os direitos à liberdade, à igualdade, à dignidade e à vida como ímpares ao pleno bem-estar individual e coletivo. Portanto, se pautado com esse nobre intuito, o ativismo judicial é oportuno e necessário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou discutir o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, decorrente da criminalização da homofobia, assim como analisar de que forma esse fenômeno se assentou como instrumento de garantia de direitos fundamentais, principalmente para grupos minoritários, no caso em questão, a comunidade LGBTQIA+.

Para tanto, considerando os muitos fatores que orbitavam o assunto principal, inicialmente foi necessário relatar a importância do princípio da separação dos poderes, surgido na antiguidade, mas só ganhando ares de essencialidade a partir das ideias de Montesquieu, no período pós-absolutista, denotando a necessidade de limitação do poder político. Dessa maneira, Legislativo, Executivo e Judiciário tornaram-se as bases da estrutura do novo modelo de Estado, onde cada um deles tinha uma função específica.

Ocorre, entretanto, que as dinâmicas sociais e políticas, até mesmo os conflitos bélicos nos anos seguintes, promoveram a chamada expansão do Judiciário, diretamente influenciada pelo movimento neoconstitucionalista, cuja centralidade se apoiava na busca por efetividade dos direitos consagrados nas constituições, reaproximando o direito da moral e da ética, na tentativa de superar o banal estado da legalidade pura, que muito legitimou as atrocidades do nazifascismo, marcante na Segunda Guerra Mundial.

É nesse contexto, uma vez que os tribunais ganharam destaque no meio político já que precisavam decidir diversas contendas, demandas amparadas nos comandos normativos constitucionais, que se origina o chamado ativismo judicial. Tal fenômeno, concebido como uma forma proativa de atuação do Poder Judiciário, primeiramente esteve ligado a uma mera classificação jornalística onde os juízes da Suprema Corte norte-americana eram ditos ativistas conforme decidiam em favor da defesa de direitos fundamentais de minorias, contudo, tais posturas foram sendo criticadas por juristas que enxergavam nisso um claro desrespeito à tripartição dos poderes, o que deu ao ativismo judicial um certo viés pejorativo.

Destarte, observou-se que ainda que integrantes de um Estado Democrático de Direito, alguns sujeitos sempre foram excluídos do real significado de plenitude do gozo de direitos, como no caso de pessoas homossexuais, os quais historicamente foram invisibilizados, taxados como anormais e alvos de violações diversas. No entanto, por todas as razões já elucidadas no capítulo próprio sobre este específico assunto, notou-se que a vivência da sexualidade se vincula diretamente aos direitos de liberdade, igualdade e dignidade e, portanto, os atos de violência e discriminação em virtude de orientação sexual ameaçavam direitos fundamentais.

A homofobia, contudo, sempre foi legitimada pelas sociedades. No que diz respeito ao Brasil, viu-se que algumas tentativas de combatê-la esbarraram no descaso do legislativo, amplamente omissivo, o que fez com que a solução para o problema fosse requerida judicialmente. Assim, tanto a ADO 26, quanto o MI 4.733, chegaram ao Supremo Tribunal Federal como apelos robustos de cumprimento da Constituição, ela que foi promulgada como diploma normativo maior, apresentando uma gama variada de direitos ao cidadão.

Como visto, a apreciação das ações pelo STF, culminando com a chamada criminalização da homofobia (mais adequadamente dita homotransfobia), causou controvérsia, sobretudo com base no argumento de a Corte estar legislando. Todavia, a medida foi de encontro aos ditames constitucionais referentes à punição devida aos atos discriminatórios atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, haja vista flagrante omissão do parlamento brasileiro na produção de legislação inibitória das práticas homotransfóbicas, as quais foram consideradas como espécie de racismo, evidenciando-se a sorrateira tendência de se impor a superioridade heterossexual em detrimento daqueles que vivem a sexualidade de maneira diferente e particular.

Nesse ponto, o ativismo judicial do Supremo serviu como instrumento hábil para garantir igualdade, liberdade e dignidade às pessoas LGBTQIA+, minoria social no sentido de representar grupo vulnerável, historicamente exposto a violências diversas, cujo extremo chegou em incontáveis vezes a ataques que lesaram o direito à vida dessas pessoas. Ademais, o STF agiu enquanto força contramajoritária, reservando para si o papel de legítimo guardião da Constituição, atuando empenhado na concretização de um Estado Democrático de Direito pleno, onde todas as pessoas (e não apenas a maioria) desfrutem verdadeiramente dos direitos consagrados no texto constitucional. A legitimidade do STF na já aludida criminalização, portanto, justificou-se como medida de amparo às pessoas indevidamente renegadas. Em certo sentido, o ativismo judicial funcionou como uma grande operação de resgate, simbolizando um avanço gigantesco em direção de uma sociedade mais justa e plural.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Jurisdição constitucional**: Diretrizes para incremento de sua legitimidade. 2003. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4861> Acesso em: 22 de março de 2023.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de HECK, Luís Afonso (Org.). 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes; COSTA, Victor Ribeiro da. Entre “faça o que eu digo” e o “faça o que eu faço”: uma análise da coerência entre o ensinado e o decidido pelos Ministros do STF. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, p. 201-227, jan/abr. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/pwCcry3H9LKctv6ZhGyvbGC/> Acesso em: 14 de maio de 2023.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **A judicialização da política e o ativismo judicial**: distinção, causas e perspectivas. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 67, jan/mar. 2018. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1245317/Eugenio_Rosa_de_Araujo.pdf

BABIUK, Felipe Alves. **Há quem diga o direito: O constitucionalismo democrático, a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal e suas funções contramajoritária e representativa**/ Felipe Alves Babiuk (Monografia). Paraná: Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55374/FELIPE%20ALVES%20BABIUK.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 15 de maio de 2023.

BALESTERO, G. S.; BAHIA, A. M. F. de M. Minorias sexuais e homofobia no direito Brasileiro: breves delineamentos constitucionais. **Revista Videre**, Dourados, v. 10, n. 19, p. 148-176, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/11286> Acesso em: 05 de maio de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/3096> Acesso em: 15 de maio de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, v. 2, n. 21, jan/jun. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498> Acesso em: 10 de abril de 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> Acesso em: 20 de março de 2023.

BERTACO, Luiggi Giovane de Moraes. **A interpretação histórica da Constituição como alternativa ao ativismo judicial**. Monografia. Porto Alegre: UFRGS. 2020. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/252204> Acesso em: 05 de abril de 2023.

BITTENCOURT, Ricardo Felipe Maciel. **A criminalização da homofobia: uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Federal Tribunal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, à luz do princípio da legalidade penal e seus desdobramentos**. Florianópolis, 2020. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/218879> Acesso em: 13 de maio de 2023.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional/ Paulo Bonavides - 26 ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2011.**

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito/ Daniel Borrillo; (tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira)**. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais / Paulo Gustavo Gonet Branco(org.)**. – Brasília: IDP/EDB, 2016. 165 p. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2241> Acesso em: 22 de março de 2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Ativismo Judicial na Concretização de Direitos Fundamentais. Revista De Direito E Atualidades**, 2(4). 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6658> Acesso em: 20 de março de 2023.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: m: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de abril de 2023.

BRASIL. **Lei Federal nº. 7.716, de 05 de janeiro de 1989**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm Acesso em: 20 de maio de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604> Acesso em: 18 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ**. Relator: Min. Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 22 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240> Acesso em: 18 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635> Acesso em: 22 de maio de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4733/DF**. Distrito Federal. Relator: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 13/11/2018. Data de Publicação: DJe-242, 16/11/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476> Acesso em: 18 de maio de 2023.

BUZZATO, Gustavo. **O ativismo judicial e suas dimensões na atuação do Supremo Tribunal Federal**: uma análise sob o prisma da separação dos poderes e da judicialização/ Gustavo Buzzato - 2017. Disponível em: <http://tede.upf.br/jspui/handle/tede/1232> Acesso em: 05 de abril de 2023.

CALDAS, Alyne Mendes. Ativismo judicial: uma legitimidade necessária ou uma necessidade legítima? **Revista de Teorias do Direito e Realismos Jurídicos**. Maranhão, v. 3, n. 2, p. 43-62, jul/dez 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/view/2567/pdf> Acesso em: 20 de maio de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. - 2012. 376 f. Orientador: Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9555> Acesso em: 16 de maio de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Supremo tribunal federal, política e democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. - 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. 1 ed., São Paulo: Editora Safe, 1993.

CARVELLI, Urbano; SCHOLL, Sandra. Evolução histórica dos direitos fundamentais: Da antiguidade até as primeiras importantes declarações nacionais de direitos. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 48, n. 191, jul/set de 2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242914/000926858.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 15 de abril de 2023.

COLLI, Vinicius Barros. **Ativismo Judicial: o limite dos freios e contrapesos** / Vinicius Barros Colli. – Brasília, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**/ Dalmo de Abreu Dallari. – 30. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. 2007. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/artigos_teses_dissertacoes/53_-_liberdade_de_orientao_sexual_na_sociedade_atual.pdf Acesso em: 16 de abril de 2023.

DIMOULIS, Dimitri. **Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais**. Justificação jurídica de decisões e competências. In: FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**/ Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais** / Dimitri Dimoulis, Leonardo Martins. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN. Ronald. **Império do Direito**. 1999. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes.

ESTEVAM, Gabriel da Silva. **Ativismo Judicial, Judicialização e a Separação dos Poderes: Implicações dos fenômenos causados pela expansão do Judiciário em face do Princípio da Separação dos Poderes**. Monografia. UNISUL: Araranguá. 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/7628> Acesso em: 10 de março.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**/ Bernardo Gonçalves Fernandes. - 13. ed. rev. atual e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

GÍDARO, Wagner Roby. **A autonomia de vontade nos direitos fundamentais humanos: direito de morrer como hipótese jurídica**/ Wagner Roby Gídaro. - São Paulo, 2017. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-05032021-152203/pt-br.php> Acesso em: 10 de abril de 2023.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. In **Revista da AJURIS**, nº 88 – Tomo 1. Porto Alegre: dezembro de 2002.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. Direitos sexuais e reprodutivos ou direitos sexuais e direitos reprodutivos? Dilemas e contradições nos marcos normativos nacionais e internacionais.

Revista GV, São Paulo, v. 17, n. 3, set/dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202136> Acesso em: 17 de abril de 2023.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. **Perspectivas constitucionais para os direitos sexuais: uma abordagem democrática e integrada entre liberdade e igualdade**. 2019. 307 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9189> Acesso em: 16 de abril de 2023.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo judicial**. 2012. 69 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – UnB, Brasília, 2012. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/3992> Acesso em: 18 de março de 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Homofobia: identificar e prevenir/** Jaqueline Gomes de Jesus; editora Lea Carvalho. - 2 ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256> Acesso em: 05 de maio de 2023.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho - ensaios sobre sexualidade e teoria queer/** Guacira Lopes Louro. - Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição/** Hugo de Brito Machado. Recife: O autor, 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ, Direito, 2009. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4003/1/arquivo5668_1.pdf Acesso em: 15 de abril de 2023.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARIZ, Priscila Melo Rodrigues de. **Ativismo judicial e supremo tribunal federal: uma análise da corte ativista**. 2018. 46 f. TCC (graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Recife - CCJ - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/31466> Acesso em: 19 de março de 2023.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direito constitucional/** George Marmelstein - 5.ed - São Paulo: Atlas, 2014.

MEDA, Ana Paula; BERNARDI, RENATO. Da tripartição de poderes ao estado de coisas inconstitucional e o “compromisso significativo” a contemporânea atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos que envolvem direitos sociais fundamentais. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 15, p. 11-34, dec. 2016. ISSN 1984-7858. Disponível em: <https://doi.org/10.26729/et.v15i0.1654>. Acesso em: 18 de março de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**/ Daniel Mitidiero. - 2. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, p. 167-168.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**/ Alexandre de Moraes. - 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. - São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Adilson José. Cidadania Sexual: Postulado interpretativo da igualdade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, jan/jun. 2016. Disponível em: [Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade / Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality | Moreira | Revista Direito, Estado e Sociedade \(puc-rio.br\)](#) Acesso em: 17 de abril de 2023.

MOREIRA, Raquel Caetano. **A arbitrariedade do Supremo Tribunal Federal no Controle de Constitucionalidade: O ativismo judicial, a transcendência dos motivos determinantes da decisão e a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade - Uma nova separação dos Poderes?** 2020. 86f. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/627/1/TCC.pdf>

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**/ Marcelo Novelino. - 16. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz de. **Ativismo Judicial (ou Jurídico), Autocontenção e Última palavra na interpretação da Constituição: o que o Supremo Tribunal Federal pode aprender com o ativismo judicial norte-americano e as teorias do diálogo**.2014. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2014. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/tede/654>

PACHECO, Renan do Rego Silva. **Implicações do ativismo judicial no Brasil: análise prática da criação do direito pelo Judiciário**. Monografia. Recife, 2017. 46 f. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/24458>

PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. **Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade**. - São Paulo: Cortez, 2008.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Letícia Ferreira. **Análise histórico-evolutiva do ativismo judicial no Brasil e no mundo com enfoque na atuação do STF**/ Letícia Ferreira Ramos - Campinas: PUC-Campinas, 2021. Disponível em: <http://repositorio.sis.puc-campinas.edu.br/handle/123456789/14673?locale-attribute=en>

RIBEIRO, Ana Célia de Sousa. **Ativismo judicial do STF e reações político-legislativas do Poder Legislativo: meios de contenção do poder e instrumentos de diálogos institucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35841> Acesso em: 10 de abril de 2023.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**/ Fernando Pocahy (organizador). - Porto Alegre: Nuances, 2007.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes Antropológicos**. 2006. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-71832006000200004> Acesso em: 17 de abril de 2023.

ROSA ARANTES PEREIRA, Cássia Beatriz. **Ativismo judicial: um olhar contemporâneo**/ Cássia Beatriz Rosa Arantes Pereira. Monografia. Centro Universitário Curitiba, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13494> Acesso em 10 de abril de 2023.

SADE, Rodrigo Gean. **A separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos e atuação do Poder Judiciário no Brasil**. Monografia. Brasília, Distrito Federal, UnB. 2021. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/28969/1/2021_RodrigoGeanSade_tcc.pdf Acesso em: 17 de março de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**/ Ingo Wolfgang Sarlet. 13. ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**/ Daniel Sarmento, 2009. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf Acesso em: 20 de maio de 2023.

SERRA, Juca Almeida Formigli. **A legitimidade do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Monografia. 2015. Faculdade Baiana de Direito, Salvador. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Juca%20Almeida%20Formigli%20Serra.pdf> Acesso em: 20 de março de 2023.

SEVEGNANI, Ana Luísa. **A efetividade do direito fundamental à saúde sob a ótica do princípio da subsidiariedade no Brasil**/ Ana Luísa Sevegnani. 124 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação). Universidade Federal de Santa Catarina, CCJ, Florianópolis, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/192573/TCC%20-%20Ana%20Lu%C3%ADsa%20Sevegnani.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 15 de abril de 2023.

SILVA, Hygor Farias. **Ativismo judicial como assegurador de direitos fundamentais sociais frente a inércia e a omissão dos poderes executivo e legislativo, sob a ótica dos direitos à educação e à saúde**. 2019. 56 f. Monografia. UFPB, Paraíba, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/14274> Acesso em: 20 de março de 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**/ José Afonso da Silva - 37. ed - São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SIQUEIRA, D. P.; MACHADO, R. A. (2018). A proteção dos Direitos Humanos LGBT e os princípios consagrados contra a discriminação atentatória. **Revista Direitos Humanos E Democracia**, 6(11), 167–201. Disponível em: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.167-201> Acesso em: 05 de maio de 2023.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional**/ Lênio Luiz Streck. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**/ Clarissa Tassinari - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TURRA, Gabriela Sufiati; MACHADO, Álvaro Augusto Lauff. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir do julgamento da ADO nº 26/DF. *In: Revista da Faculdade de Direito da FMP*. v. 16, n. 1 (2021). p. 105-121, Porto Alegre: FMP, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.53929/rfdf.v16i1.238> Acesso em: 14 de maio de 2023.

VIEIRA, L. L. F. As múltiplas faces da homossexualidade na obra freudiana. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza, n. 9, v. 2, jun, 2009. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482009000200006&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 05 de maio de 2023.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.