CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

GUILHERME BOGER BUBANS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O ENQUADRAMENTO DAS PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA LEI Nº 7.716/1989 SOB A ÓTICA DA TUTELA DAS MINORIAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apucarana
2022

GUILHERME BOGER BUBANS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O ENQUADRAMENTO DAS PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA LEI Nº 7.716/1989 SOB A ÓTICA DA TUTELA DAS MINORIAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Apucarana- FAP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Professor Mestre Luis Gustavo Liberato Tizzo.

Apucarana
2022

GUILHERME BOGER BUBANS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O ENQUADRAMENTO DAS PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA LEI Nº 7.716/1989 SOB A ÓTICA DA TUTELA DAS MINORIAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Apucarana – FAP, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, com nota final igual a _____, conferida pela Banca Examinadora formada pelos professores:

_____
Professor Mestre Luis Gustavo Liberato Tizzo
Faculdade de Apucarana - FAP

_____
Prof. Esp. Danylo Fernando Acioli Machado
Faculdade de Apucarana - FAP

_____
Prof. Esp. Rodolfo Mota da Silva
Faculdade de Apucarana - FAP

Apucarana, ___ de _____ de 2022.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, que têm me apoiado no decorrer de toda a vida até aqui, prestando todo o suporte emocional e material para que eu pudesse vencer mais esse desafio.

Agradeço a todos os professores que cooperaram com a minha jornada acadêmica.

Agradeço a meu orientador Tizzo, a quem estimo muito como pessoa e profissional, cuja assistência foi essencial nessa etapa.

Agradeço a todos aqueles que contribuíram de alguma maneira para o resultado dessa dissertação.

“A proteção é indispensável porque é o espaço público o lugar próprio da sexualidade. Ela é o impulso ao chamamento do outro. É a força que não nos deixa viver sós e que nos complementa. Não se pode privar ninguém do convívio com a pluralidade. Não é possível exigir que a sexualidade fique no armário.”

Ministro Edson Fachin (ADO 26)

BUBANS, Guilherme Boger. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Enquadramento das Práticas Homotransfóbicas na Lei nº 7.716/1989 sob a Ótica da Tutela das Minorias no Estado Democrático de Direito**. 145 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia). Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Apucarana – FAP. Apucarana. Pr. 2022.

RESUMO

Comenta acerca do conceito de homossexualidade. Elabora um retrospecto de reconhecimento e aceitação social dos homossexuais em diversas civilizações. Evoca a influência da religião cristã no advento dos elementos pioneiros da homofobia. Expõe os impactos da cooperação entre as autoridades sagradas e seculares na perseguição aos homossexuais. Disserta a respeito do panorama brasileiro de repressão à homossexualidade, desde a ocupação lusitana até a contemporaneidade. Esclarece a homofobia, uma manifestação de preconceito e discriminação. Conceitua minorias e destaca as semelhanças e distinções com os grupos vulneráveis. Discorre sobre o Estado Democrático de Direito brasileiro em cotejo com os grupos minoritários. Sublinha que democracia não se reduz à vontade da maioria, mas se congrega com a Constituição e os direitos fundamentais. Enfatiza a relevância e pertinência dos valores da liberdade, igualdade e fraternidade com a democracia constitucional. Versa acerca da formulação e implementação de políticas públicas em favor das minorias. Critica a insubordinação ao texto constitucional. Designa a omissão inconstitucional e o meio de controle desse inconveniente. Aprecia a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Indica o cabimento dessa medida judicial e o entendimento fixado pelo Poder Judiciário. Evidencia a existência do mandamento constitucional de criminalização das práticas homofóbicas e transfóbicas defronte à recusa legislativa em observá-lo. Examina o fenômeno na judicialização. Trata do método hermenêutico da interpretação conforme – a Constituição. Aponta a compreensão jurisdicional constitucional da homotransfobia enquanto espécie do gênero racismo, na sua dimensão social. Explana a respeito do combate às condutas preconceituosas e discriminatórias em desfavor da população LGBTQIA+.

Palavras-chave: Homossexualidade; Tutela das minorias; Criminalização da homofobia.

BUBANS, Guilherme Boger. ***Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 26 and the Framing of Homotransphobic Practices in Law nº 7.716/1989 under the Perspective of Guardianship of Minorities in the Democratic State of Law****. 145 p. Term paper for Course completion. Bachelor's Degree in Law from* Faculdade de Apucarana – FAP. Apucarana. Pr. 2022.

ABSTRACT

Comments about the concept of homosexuality. Elaborates a retrospect of the recognition and social acceptance of homosexuals in different civilizations. Evokes the influence of the Christian religion in the advent of the pioneering elements of homophobia. Exposes the impacts of cooperation between sacred and secular authorities in the persecution of homosexuals. Discourses about the Brazilian scenario of repression of homosexuality, from the Portuguese occupation until contemporary days. Clarifies homophobia, a manifestation of prejudice and discrimination. Conceptualizes minorities and highlights the similarities and distinctions with vulnerable groups. Discusses the Brazilian Democratic State of Law in comparison with minority groups. Stresses that democracy is not reduced to the will of the majority, but is combined with the Constitution and fundamental rights. Emphasizes the relevance and pertinence of the values of liberty, equality and fraternity with constitutional democracy. Expatiates about the formulation and implementation of public policies in favor of minorities. Criticizes insubordination to the constitutional text. Argues about the unconstitutional omission and the means of controlling this inconvenience. Contemplates the Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 26. Indicates the appropriateness of this judicial measure and the understanding established by the Judiciary. Highlights the existence of the constitutional mandate to criminalize homophobic and transphobic practices in the face of legislative refusal to observe it. Examines the phenomenon in judicialization. Discepts the hermeneutic method of interpretation according to the Constitution. Points out the constitutional jurisdictional understanding of homotransphobia as a species of the racism genre, in its social dimension. Deliberates about the combat to prejudice and discriminatory conducts against the LGBTQIA+ population.

Keywords: Homosexuality; Tutelage of minoreties; Criminalization of homophobia.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO **8**

1 DA HOMOSSEXUALIDADE **12**

1.1 Do Conceito de Homossexualidade e do seu Retrospecto de Aceitação Social **12**

1.2 Da Homossexualidade e da Religião Cristã **23**

1.3 Da Homossexualidade e da Perspectiva Brasileira **30**

1.4 Da Homofobia **41**

2 DA TUTELA DAS MINORIAS **47**

2.1 Do Conceito e da Distinção entre Grupos Vulneráveis e Minorias **47**

2.2 Da Democracia em face das Minorias **55**

2.3 Das Políticas Públicas em prol das Minorias **74**

3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO ENQUADRAMENTO DAS PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA LEI DE RACISMO **86**

3.1 Da Omissão Inconstitucional e do seu Controle pela Via Concentrada **86**

3.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 ..... **98**

3.2.1 Do mandado de criminalização e da omissão legislativa inconstitucional 100

3.2.2 Da Judicialização, da Interpretação Conforme e do Racismo Social 113

3.3 Do Combate à Homofobia e Transfobia **125**

CONCLUSÃO **134**

REFERÊNCIAS **139**

INTRODUÇÃO

O Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo. Um relatório grafado a partir de dados referentes a 2021 – os quais podem ser imprecisos, em virtude da gritante subnotificação de informações acerca dos episódios de intolerância e hostilidade em desfavor de tal camada da sociedade – divulga que, naquele ano, a cada 29 horas um indivíduo dessa comunidade teve sua vida ceifada. Ainda sobre 2021, outro dossiê, balizado em notícias da imprensa, cataloga a monta de 316 mortes violentas de membros do segmento LGBTQIA+, cuja aproximadamente a metade dos óbitos brutais afeta a indivíduos homossexuais masculinos. Já o anuário desenvolvido com os índices fornecidos pelos órgãos de Segurança Pública, afora os casos de homicídio em 2021, delata a ocorrência de 1.719 episódios de lesão corporal dolosa e 179 práticas de estupro contra os integrantes das minorias sexuais e de gênero, confirmando que o contexto de intenso desprezo e constante discriminação em face da população LGBTQIA+ se materializa mediante as mais diversas e repugnantes condutas.

Esse quadro letal e desumano está em nítido descompasso com o compromisso assumido na Constituição Federal, ao instaurar um novo Estado e romper com a ordem jurídica anterior, em assegurar os valores máximos – liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça – de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assentada na harmonia social e inclinada à solução pacífica das controvérsias. Também desvia flagrantemente dos objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, notadamente os que pretendem construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Ademais, descumpre, de modo inegável, o expresso mandamento constitucional de intervir e punir, por meio de lei, toda conduta discriminatória atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Diante desse contraste estarrecedor entre o cenário fático e o que preconiza a ordem constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi convocado a sanar a omissão estatal a fim de salvaguardar as pessoas LGBTQIA+ e, assim, efetivamente garantir a supremacia da Constituição Federal. Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, os julgadores reconhecem a inércia legislativa frente aos comandos constitucionais e à carência de tutela das minorias sexuais e de gênero,

bem como, mediante a interpretação conforme, colmatam a lacuna normativa, até que sobrevenha a legislação específica, enquadrando as condutas homotransfóbicas aos preceitos primários definidos na Lei Antirracismo.

O presente trabalho versa, então, sobre o entendimento exarado por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e pretende responder se a decisão firmada é razoável com a finalidade que se propõe a alcançar. Para tanto, o desenvolvimento do estudo foi delineado pelo método dedutivo e o procedimento empregado foi o monográfico com técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de materiais já publicados, como doutrinas, teses e artigos, da Constituição Federal e outras legislações, bem como do acórdão derivado do julgamento mencionado, proporcionando, assim, um melhor aprofundamento e compreensão sobre a tese abordada. Nada obstante, é sensato frisar que a metodologia utilizada não possui quaisquer pretensões de esgotar as fontes de informação ou adotar estratégias de busca sofisticadas e exaustivas, mas permitiu ao autor localizar dados relevantes sobre o tema escolhido, atendo-se aos aspectos essenciais dentro dos objetivos propostos.

O primeiro capítulo, a fim de introduzir o leitor na matéria ora investigada, tece breves comentários sobre o conceito de homossexualidade para, em seguida, adentrar-se numa contextualização histórica dessa expressão da diversidade sexual humana. Nesse aspecto, é elaborado um retrospecto de reconhecimento e de aceitação social dos sujeitos homossexuais em diversas civilizações. Ato contínuo, é evocada a influência da religião cristã no advento dos elementos precursores da homofobia, expondo, também, os impactos do assíduo concurso entre as autoridades sagradas e seculares na penosa e implacável perseguição àqueles que divergiam do modelo heteronormativo hegemônico. Posteriormente, é dissertado sobre o panorama brasileiro, desde a ocupação da nação portuguesa até a contemporaneidade, revelando uma conjuntura marcada por acirrado desdém e devastadora repressão à indesejada homossexualidade – sucessivamente considerada pecado infame, crime perverso e patologia degenerativa para, depois de um longo período de ignorância e intolerância, enfim, desvincular-se formalmente de quaisquer conotações negativas e martirizantes. Todavia, apesar desses significativos progressos, os homossexuais ainda são submetidos à opressão social e, sob esse enfoque, em arremate, é

esclarecida a homofobia, explicando no que consiste essa manifestação de preconceito e discriminação.

O capítulo sequente, conduzindo à exploração do tema pesquisado, embrenha-se na problemática da tutela das minorias em face do governo democrático. Preliminarmente, é enfrentada a questão de conceituar o termo minorias, destacando suas similitudes e dessemelhanças com os grupos vulneráveis, ambos socialmente oprimidos e, por isso, carecedores de especial atenção estatal. Na sequência, é discorrido sobre o Estado Democrático de Direito brasileiro, sublinhando que a escorreita noção de democracia não pode se reduzir a um sinônimo empobrecido de regime político de vontade da maioria. Longe disso, a democracia hodierna deve ser congregada com a repercussão da Constituição e seu complexo de direitos fundamentais, limitadores e corretivos das manifestações do poder, protegendo as parcelas sociais vencidas perante o manejo majoritário arbitrário. Ainda, é enfatizada a relevância e pertinência dos valores revolucionários da liberdade, da igualdade e da fraternidade na construção de uma democracia efetivamente constitucional. Por derradeiro, é versado acerca da formulação e implementação das políticas públicas – que consistem nas iniciativas estatais com vistas a dar fiel cumprimento aos objetivos fundamentais da República – no intuito de dispensar a verdadeira inclusão das minorias na comunidade.

O terceiro e último capítulo, perfazendo a tese advogada no incluso escrito, concentra-se na crítica à insubordinação ao texto da Constituição, estabelecendo os reflexos de tal postura de descaso. À frente, é designada a omissão inconstitucional e o meio de controle desse inconveniente nefasto, cuja medida judicial se interessa em concretizar rigorosamente os comandos constitucionais. Sem delonga, é apreciado o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, indicando o cabimento desse expediente insurgente e o entendimento fixado pelo Poder Judiciário com o único propósito de conceder a necessária e urgente tutela às minorias sexuais e de gênero. Nesse viés, é evidenciada a existência do mandamento constitucional de criminalização das práticas homofóbicas e transfóbicas em confronto com a procrastinadora e abusiva recusa legislativa em observar fielmente essa ordem irrenunciável. Ainda, é examinado o inevitável fenômeno da judicialização na prontidão defensiva das minorias contra as violências da maioria, que assistem a sistemática indiferença com suas pretensões no âmbito político. Em

seguida, é tratada a técnica exegética intitulada interpretação conforme – a Constituição, que visa conceder às normas dotadas de diversos significados possíveis, mormente aquelas que tocam à proteção dos direitos fundamentais, não um sentido reduzido, mas um conteúdo que veicule maior conformidade com os valores constitucionais e, portanto, que lhes confiram máxima eficácia. À vista disso, é apontada a compreensão jurisdicional constitucional da homotransfobia enquanto espécie delituosa do gênero racismo, na sua dimensão social, uma vez que a motivação entre ambas as condutas é orientada pelo preconceito – que desponta da pretensa e artificial superioridade de um certo grupo em detrimento dos demais – e a finalidade das duas discriminações consiste em sujeitar a vítima à inferiorização e segregação. Ao final, é explanado o combate a essas condutas preconceituosas e discriminatórias em desfavor da população LGBTQIA+, ressaltando que o enfrentamento à intolerância demanda sobretudo uma atuação estatal incisiva, o que inclui a criminalização das práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais das minorias sexuais e de gênero, sem eximir a sociedade da responsabilidade em dissolver os obstáculos da ignorância e, assim, respeitar o próximo, cada semelhante, toda a pessoa humana.

1 DA HOMOSSEXUALIDADE

1.1 Do Conceito de Homossexualidade e do seu Retrospecto de Aceitação Social

Ao contrário do que se verifica nos outros seres vivos, as interações do ser humano com o mundo não são delineadas a partir de uma carga genética informadora da maneira de se conduzir e reagir perante os diferentes cenários que se apresentam. Além do comportamento da pessoa humana ser definido pelo corpo social em que está inserida, cada indivíduo possui uma aptidão para recriar e reinventar o que lhe é oferecido. Por esse motivo, a humanidade é tão plural.[1]

O esforço em rotular a experiência sexual humana em duas categorias mutuamente excludentes – vale dizer, heterossexuais e homossexuais – consiste numa simplificação debilitada. A mera divisão absoluta entre hetero e homo banaliza a complexidade que pode circundar a dinâmica sexual do indivíduo, bem como a possibilidade de desenvolvimento pessoal inerente a cada um.

Nessa acepção, assevera ALVES[2]:

> [...] Existe na sociedade tardia a necessidade de superar o pensamento colonial de que a sexualidade vincula-se restritamente ao coito e aos órgãos genitais. A emancipação deste pensamento possibilitará vislumbrar a sexualidade como parte das relações sóciohumanas, podendo assim, a sociedade repensar velhos conceitos, criar novos critérios, desconstruir preconceitos e reformular concepções engendradas por séculos de achismos e redundâncias [...]

Do mesmo modo que diversos aspectos da vivência humana, a sexualidade é multifacetada e socialmente construída, conforme as influências do espaço cultural que a cerca e da trajetória e criatividade particulares da pessoa. Também se trata de uma construção não estática, pois seus padrões e suas regras, no transcurso do tempo, sofreram um constante processo de metamorfose.[3]

No mesmo viés, registra GUIMARÃES[4]:

---

[1] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.
[2] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. Revista Interdisciplinar Pensamento Científico, v. 5, n. 1, 2019.
[3] ANDRADE, *op. cit.*.
[4] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de “tornar-se um homem homossexual”: um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.

> A sexualidade humana manifesta-se através de padrões culturais historicamente construídos e determinados, sendo que a sociedade se incumbe de reforçá-los. Ao longo da nossa história, a sexualidade pôde ser vivida e experienciada por culturas e períodos de abertura sexual, intercalados por outros momentos de recato e de privações sexuais.

Pois bem, antes de adentrar o retrospecto da homossexualidade, é prudente esclarecer o universo conceitual componente da diversidade sexual "que gravita em torno das noções de sexo, de gênero e de sexualidade"[5]. Nos termos elucidativos trazidos pelo Ministro e Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 Celso de MELLO[6], por ocasião do pronunciamento de seu voto:

> A designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).
> Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão sua conformação biológica. É possível verificarem-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero).
> A sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão. Essa perspectiva evidencia a orientação sexual das pessoas, que vem a ser exercida por meio de relacionamentos de caráter heterossexual (atração pelo sexo oposto), homossexual (atração pelo mesmo sexo), bissexual (atração por ambos os sexos) ou assexual (indiferença a ambos os sexos) [...]

Sem prejuízo do mérito das questões relativas ao sexo e ao gênero na formação da identidade de cada pessoa, o presente escrito – para fins de fixação

---

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[6] *Ibidem.*

da amplitude de investigação – prioriza abordar o tema que toca à sexualidade, nomeadamente à orientação homossexual masculina. A homossexualidade concerne, então, à tendência de reação erótica do indivíduo ou de suas atrações sexuais quando direcionadas a sujeitos do mesmo sexo[7], sem perder de vista que a orientação sexual advém do nascimento ou de um estágio inicial e, portanto, normalmente é "considerada imutável, estável e resistente ao controle consciente"[8]. Também pode-se dizer que a homossexualidade se refere "à predominância de pensamentos, sentimentos e fantasias eróticas que se tem por pessoas"[9] de sexo parelho e o indivíduo pode assumir e comportar-se de acordo com essa inclinação ou não, na medida em que a escolha dos parceiros sexuais também é influenciada pelos costumes de uma determinada comunidade e nem sempre é coerente com os desejos ocultos de cada um.

Uma identidade homossexual, assim como qualquer outra, é traçada tanto pelas experiências subjetivas das próprias paixões da pessoa quanto pela cultura social que a cerca.[10] Desse modo, a identidade homossexual, além dos interesses eróticos e românticos do indivíduo, também compete a "um rótulo socialmente construído para representar sentimentos e comportamentos sexuais"[11] entre iguais.

Numa sociedade heterossexista, preconizadora de um "sistema de crenças que naturaliza e idealiza a heterossexualidade e rejeita ou ignora a subjetividade"[12] das demais expressões da sexualidade, os indivíduos homossexuais habitualmente são objeto de atitudes preconceituosas no próprio contexto familiar e no corpo social com o qual estabelecem suas relações, gerando, por vezes, uma necessidade primária de se esconder. Dito isso, a partir de uma perspectiva cultural, os homossexuais – do mesmo modo que os demais membros da comunidade LGBTQIA+ –, com frequência, são comparados a indivíduos integrantes de outros

---

[7] DRESCHER, Jack. O que tem no seu armário? Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 25.
[8] COHEN, Kenneth M.; SAVIN-WILLIANS, Ritch C. "Saindo do armário para si mesmo e para os outros. Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 36.
[9] *Ibidem*, p. 36.
[10] DRESCHER, *op. cit.*, p. 25.
[11] COHEN, *op. cit.*, p. 36.
[12] DRESCHER, *op. cit.*, p. 23.

grupos minoritários estigmatizados e, porque assim é, podem tentar assimilar e se projetar em conformidade com a perspectiva da maioria ou rejeitá-la e expor sua identidade sexual.

Nessa toada, TONIETTE[13] sustenta que a homossexualidade não se cuida:

> [...] de um fenômeno recortado e isolado da realidade humana. Falar da homossexualidade é falar da sexualidade humana, ou melhor, é falar da diversidade – ou pluralidade – da sexualidade humana, ressaltando percalços e agruras daqueles e daquelas que não se enquadram a uma hegemonia dita heterossexual e que tem o sexo como meio reprodutivo.

A despeito do preconceito ferrenho ainda existente, o reconhecimento público da possibilidade de uma manifestação sexual do indivíduo que seja heterodiscordante não constitui uma demanda inédita na história, mas consiste na reconquista de uma prerrogativa, bastando reportar-se aos relatos de práticas análogas nas sociedades antigas para tal constatação.[14]

De fato, percebe-se que nos tempos remotos a relação homossexual, por si própria, não suscitava estranheza e era consumada em diversas civilizações, tais como a Asiática, a Grega e a Romana.[15] Em sentido diametralmente oposto ao que se verifica na cultura ocidental, a questão de tipificar o gênero do parceiro sexual não era um interesse significativo durante a Antiguidade.[16] Isso porque nas sociedades clássicas “assim como em muitas culturas atuais, as convicções morais, políticas e religiosas a respeito da sexualidade divergem bastante do modelo ocidental da sexualidade”.[17]

A percepção vigente a respeito da sexualidade na comunidade ocidental é estabelecida e sustentada por uma tradição judaico-cristã e subordinada a códigos e valores que perpetuam o imaginário dessa cultura. Esses preceitos se

---

[13] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[14] FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, v. 15, n. 1, p. 124-129, 2015.
[15] MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. A Homossexualidade e a sua história. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 4, n. 4, 2008.
[16] FARO, *op. cit.*.
[17] CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. Homossexualidade: verdades e mitos. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2010.

modificam segundo as épocas e, ao tratar das práticas sexuais, influenciam rigorosamente as noções de permitido, proibido, normal e patológico.

Assim, com a instauração e vinculação compulsória a um modelo de heterossexualidade, o qual admite apenas "como comportamento não desviante a relação afetivo-carnal entre um homem e uma mulher"[18], passou-se a catalogar como anormal ou imoral qualquer prática sexual que fosse heterodiscordante. Partindo dessa verificação "sustentar a existência de uma sexualidade 'natural' transhistórica, baseada no imperativo biológico da divisão dos sexos, seria no mínimo ingênuo"[19]. Em complemento, BARBOSA e MEDEIROS[20] anotam que:

> É evidente, que, de um ponto de vista fenomenológico, essa atração entre pessoas do mesmo sexo existe desde a aurora da humanidade em sua universalidade de culturas. O que determinaram o tratamento para esses sujeitos foi a época e o local em que essas pessoas estavam inseridas [...]

Para ilustrar, a civilização oriental nos tempos passados não concebia absurda a existência de relações homossexuais. Na Índia, por exemplo, o sexo não era percebido como um mecanismo reservado à procriação, "mas para obtenção de prazer e poder, de tal maneira que a relação entre semelhantes era natural"[21].

A cultura indiana era amplamente influenciada pelos costumes sobrenaturais, cujos deuses não raro assumiam hábitos afetiva e sexualmente hermafroditas. Ali, a sociedade celebrava o gozo carnal e se empenhava em descrever pormenorizadamente as posições sexuais com as quais a pessoa atingiria um maior deleite. Nesse cenário, a relação unissexual também se propunha ao alcance do êxtase e essa busca assídua pelo ápice do prazer se amparava na sua relação com o misticismo, pois, mediante os orgasmos, o indivíduo estaria apto a compreender os enigmas divinos.[22]

---

[18] FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, v. 15, n. 1, p. 124-129, 2015.

[19] CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. Homossexualidade: verdades e mitos. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2010.

[20] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.

[21] LEITE, Elso Soares. O discurso da mídia sobre a homossexualidade nas instituições militares. **fólio-Revista de Letras**, v. 7, n. 2, 2015.

[22] FERREIRA, Sergio Cavalcante et al. O discurso do judiciário brasileiro sobre a homossexualidade no reconhecimento da união homoafetiva. 2020.

Na China Antiga, de igual modo, a relação sexual entre homens consistia numa prática comum e de expressiva aceitação social.[23] As convenções acerca da sexualidade daquela civilização eram inspiradas pelos seus imperadores, dos quais uma parcela significativa tinha um ou mais favoritos: seus parceiros sexuais masculinos. A repercussão de um relacionamento com o soberano concedia ao favorito os benefícios de riqueza e prestígio. Em função disso, havia uma intensa disputa na corte visando assumir tal papel.[24]

Outrossim, debruçando-se sobre os registros históricos da sociedade chinesa, é possível se deparar com relatos oficiais de imperadores da Dinastia Han que possuíam amantes homens e relacionamentos homossexuais públicos, bem como fortes indícios da institucionalização do casamento entre iguais durante as Dinastias Yuan e Ming, de quem os contos manuscritos narram explicitamente sobre casos de amor e sexo entre homens.[25]

Paralelamente aos povos asiáticos, na Grécia Antiga – que possui com um arcabouço documental mais vasto – as práticas homoeróticas supriam a carência de relações pessoais, cuja intensidade não se alcançava no casamento ou no trato entre pais e filhos. Nessa civilização, as mulheres eram compreendidas como seres intelectual, física e emocionalmente inferiores, com a única função cívica de procriação, e os homens se inclinavam à reunião em grupos em que se formavam pares.[26]

A sociedade grega clássica também "era imersa em uma atmosfera erótica que idolatrava o corpo, pensava na sexualidade e desenvolvia os prazeres carnais desenvincilhados de qualquer pecado ou blasfêmia religiosa"[27]. Cumpre ressaltar, porém, que o relacionamento sexual entre dois homens era concebido de maneira diversa em Esparta e Atenas.[28]

---

[23] XINGJIE, Dai. **A aceitação da cultura homossexual na China e em Portugal**. 2021. Tese de Doutorado.
[24] FERREIRA, Sergio Cavalcante et al. O discurso do judiciário brasileiro sobre a homossexualidade no reconhecimento da união homoafetiva. 2020.
[25] FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, v. 15, n. 1, p. 124-129, 2015.
[26] CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia antiga–homossexualidade e bisexualidade, mitos e verdades. **Biblos**, v. 19, p. 19-24, 2006.
[27] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. Revista Interdisciplinar Pensamento Científico, v. 5, n. 1, 2019.
[28] CORINO, *op. cit.*.

Na comunidade guerreira de Esparta havia o incentivo à formação de casais de amantes masculinos como parte do treinamento e disciplina castrenses. Os soldados integrantes do Pelotão Sagrado de Tebas, tropa de elite constituída exclusivamente por pares homossexuais, eram impetuosos e, em campo de batalha, quase imbatíveis, uma vez que pelejavam com tamanha bravura a fim de que nada acometesse seus parceiros. Destarte, constata-se que a homossexualidade não prejudicava a condição de homem e combatente dos espartanos.

Corroborando tal asserção, VECCHIATI[29] reforça que:

> [...] na cidade-estado de Esparta, cuja sociedade dava mais ênfase ao desenvolvimento militar do que ao cultural, a visão do amor entre homens tinha um enfoque um pouco diferenciado. Era ela estimulada dentro do exército espartano, para torná-lo ainda mais eficiente. Isso se explica por um simples fato: com a existência constante de relacionamentos homoafetivos dentro do exército, quando este ia para a guerra, o soldado estaria lutando não apenas por sua cidade-estado, mas igualmente para proteger a vida de seu amado, o que, obviamente, aumentaria o grau de dedicação do combatente.

Já a civilização ateniense se sobressaía no domínio intelectual e possuía um expressivo grau de desenvolvimento no campo político.[30] Aliás, a sociedade de Atenas se assentava na figura do homem, sendo apenas ele o legítimo cidadão e titular pleno de direitos. Era difundida uma cultura de homens para homens, que valorizava virtudes como a virilidade, a coragem, a moderação e o controle racional dos desejos, as quais deveriam ser despertadas e fomentadas nos jovens rapazes durante toda sua educação.[31]

A ordem social também se fundamentava numa noção de que “na natureza há uma divisão entre ser ativo, doador, atuante, que gerencia e submete, e outro que deve ser o passivo, submisso, receptivo”[32]. Tal raciocínio era empregado no paradigma educacional masculino daquela comunidade: a pederastia.

A pederastia retratava uma prática homoerótica e tinha por escopo a transmissão de conhecimento e valores do *erastes* (amante), que era um homem na

---

[29] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.
[30] CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia antiga–homossexualidade e bisexualidade, mitos e verdades. **Biblos**, v. 19, p. 19-24, 2006.
[31] SOUZA, Jônatas Ferreira de Lima. Só na amizade, mais amor ou dura rivalidade: Homossexualidade e Homoerotismo na Antiguidade? E também no mundo bíblico?.
[32] *Ibidem.*

faixa etária dos vinte cinco a trinta anos, ao *eromenos* (amado), o qual contava com uma idade entre doze e dezoito anos. A relação entre os dois dependia da aprovação dos pais do adolescente e era precedida por um período no qual o jovem aprendiz era cortejado por seu futuro amigo e educador, recebendo presentes de natureza simbólica e pedagógica, até finalmente consentir com ela.

Conforme também salienta ANDRADE[33], a pederastia:

> Tratava-se [...] da relação homoerótica entre um homem mais velho e um adolescente. Em Atenas, o indivíduo mais velho era chamado de erastes, e sua função era a de proteger, amar e agir como um exemplo para seu amado - chamado de eromenos, cuja recompensa para seu amante estaria em sua juventude, beleza e potencial.

No âmbito do convívio entre o *erastes* e o *eromenos* – cuja finalidade precípua era a formação do caráter deste – apenas o mais velho buscava a satisfação nessa dinâmica, cabendo ao mais moço nunca corresponder ao desejo erótico de seu tutor, não demonstrar qualquer espécie de prazer e ocupar uma posição passiva na relação entre os dois. [34] Outrossim, o relacionamento amante-pupilo era formado por indivíduos pertencentes a famílias de mesmo *status* social e possuía um limite de duração. Quer dizer, aquele que outrora havia desempenhado a feição de *eromenos* mais adiante tomaria o lugar de *erastes*, participando ativamente da vida pública e devendo buscar seu próprio educando juvenil.

Infere-se, portanto, que – ao se relacionar com os homens mais velhos, aceitando a amizade e laços de amor com eles – os adolescentes incorporavam suas virtudes e conhecimentos, percorrendo, mediante esse ritual didático, a trajetória necessária para se atingir a vida adulta e se tornar um cidadão grego de maneira íntegra.[35]

No entanto, malgrado a relação homoerótica fosse socialmente reconhecida e admitida na civilização ateniense, notadamente enquanto mecanismo pedagógico, era censurada se ambos os parceiros fossem física e intelectualmente formados.[36] As práticas sexuais entre homens, para serem toleradas, deveriam ser

---

[33] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.
[34] CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia antiga–homossexualidade e bisexualidade, mitos e verdades. **Biblos**, v. 19, p. 19-24, 2006.
[35] ANDRADE, *op. cit.*.
[36] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.

assimétricas – não exercidas entre iguais, mas entre indivíduos de maturidades distintas.[37]

A existência de um romance entre iguais, isto é, entre homens no mesmo estágio de desenvolvimento, delatava que um dos seus praticantes aderia a modos passivos, postura incompatível com a masculinidade requerida pelo papel de cidadão ativo.[38] Nessa toada, o sujeito efeminado também sofria repreensão pela ordem moral de Atenas. Naquele entendimento coletivo, efeminado era o homem que se comportava como uma mulher, convivendo na companhia de muitas mulheres ou se relacionando com muitos homens, de prazeres sexuais imoderados e que cedia a seus próprios desejos e sensações, enfim, o homem que se portava de maneira passiva nas relações.[39]

Ratificando esse posicionamento, TONIETTE[40] explana que:

> [...] A repressão e o controle, ou a negatividade ética por excelência, eram direcionados não àqueles que tinham desejo afetivo-sexual pelo mesmo sexo, pelo sexo oposto, ou por ambos, mas sim, àqueles que tinham "comportamento frouxo", ou eram passivos em relação aos prazeres, que consistia no comportamento de não resistir nem às mulheres nem aos homens. [...]

Nada obstante, "ainda que as várias fases da antiga civilização grega apresentassem posicionamentos por vezes diversos quanto à questão homossexual, variando de intensidade, a permissividade social sempre existiu"[41]. Logo, de maneira geral, a comunidade grega era sabedora da pluralidade tangente às tendências sexuais dos indivíduos, mas seu dialeto não dispunha de substantivos correlatos aos vocábulos hetero e homossexual e não compreendia "a ideia de orientação sexual como um identificador social, do mesmo modo que as sociedades ocidentais vêm fazendo ao longo do último século"[42].

---

[37] SOUZA, Jônatas Ferreira de Lima. Só na amizade, mais amor ou dura rivalidade: Homossexualidade e Homoerotismo na Antiguidade? E também no mundo bíblico?.

[38] CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia antiga–homossexualidade e bisexualidade, mitos e verdades. **Biblos**, v. 19, p. 19-24, 2006.

[39] SOUZA, Jônatas Ferreira de Lima. Só na amizade, mais amor ou dura rivalidade: Homossexualidade e Homoerotismo na Antiguidade? E também no mundo bíblico?.

[40] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.

[41] DAGNESE, Napoleão *apud* LEITE, Elso Soares. O discurso da mídia sobre a homossexualidade nas instituições militares. **fólio-Revista de Letras**, v. 7, n. 2, 2015.

[42] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.

Seguindo uma percepção semelhante à nação grega, a Roma Antiga também acolhia as relações homossexuais, contanto que praticadas por homens em diferentes posições hierárquicas. Em outras palavras, as práticas sexuais deveriam exprimir uma dinâmica de dominação e empoderamento sobre o corpo do outro, encarregando-se o homem romano, nesse exercício, do papel de virilidade, poder e penetração sobre o dominado, sempre de uma origem étnica que não a sua.[43] Embora as práticas homoeróticas tivessem se tornado um comportamento costumeiro entre os aristocratas – uma vez que a sociedade daquele período era profundamente estratificada e alicerçada na lógica escravista, o envolvimento emocional e carnal entre dois descendentes de Roma era desprezado pela ordem social, em razão de ser antagônica à condição de virilidade ínsita da figura masculina romana.

Nessa ótica, o homem da Roma Antiga enaltecia extremamente o que entendia por virilidade masculina, reputava-se "como um dominador agressivo e acreditava que, quando forçava outros a se submeterem, estava lhes proporcionando prazer"[44]. Decerto, entre os romanos "ter prazer virilmente ou dar-se servilmente era tudo"[45].

Urge salientar, ademais, que havia uma íntima conexão entre as relações homoeróticas praticadas pelos cidadãos e o ato da penetração – o qual, simbolicamente, correspondia às conquistas da sociedade romana. À vista disso, "para os romanos, em geral, o prazer traduzia-se no desejo de transferir o próprio sêmen para o corpo de outra pessoa, portanto, somente o ativo gozaria".[46]

Além de coibir a prática sexual enquanto agente passivo, o código moral da época também vedava a felação, dado que convinha ao homem romano tão somente sentir prazer e jamais fornecê-lo a alguém, cuja obrigação subserviente era justamente a de agradar ao seu senhor.[47] Evidencia-se, assim, que o êxtase carnal

---

[43] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[44] IOTTI, Paulo. Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade. **Revista Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 83-107, 2021.
[45] VEYNE, Paul *apud* POSSAMAI, Paulo César. Sexo e poder na Roma Antiga: o homoerotismo nas obras de Marcial e Juvenal. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2010.
[46] POSSAMAI, Paulo César *apud* DOS SANTOS GOMES FILHO, Antoniel; JUSTAMAND, Michel. NOTAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEXUAL DAS SOCIEDADES DA GRÉCIA E ROMA ANTIGA. **Multidebates**, v. 2, n. 1, 2018.
[47] ALVES, *op. cit.*.

era reservado a quem ocupava uma posição hierarquicamente superior, tocando só a ele o privilégio da penetração e das sensações resultantes do gozo sexual.[48]

Reitera-se, então, que na Roma clássica o homoerotismo não era condenado, mas havia uma reprovação à efeminação e à passividade. A postura passiva era vinculada a sujeitos de estatuto rebaixado, tais como as mulheres e escravos, e representava ausência de virilidade – atributo valorizado sobremaneira numa civilização que não diferia o comportamento heterossexual do homossexual, porém vigiava com demasia qualquer atitude incompatível com a masculinidade, seja nos gestos, na fala ou no vestuário do indivíduo.

Com a tomada da Grécia Antiga pelo Império Romano e a construção da cultura helênica, as noções acerca da virilidade masculina desviaram-se da ideia de dominação. Tornou-se tolerável e habitual o amor entre rapazes livres, mas permanecia a aversão em face do homem que, quando adulto formado, se mantinha na passividade. Na nova ordem cultural, conforme repisa IOTTI[49]:

> [...] não se condenava o amor masculino, apenas a sexualidade passiva. Nunca é demais relembrar que esta era tida como uma conduta feminina, e o homem que assim agisse era visto como alguém que abria mão de sua masculinidade, sendo assim equiparado às mulheres como um “cidadão de segunda classe”. Não era relevante se alguém se relacionava com homens ou mulheres, mas o que alguém fazia sexualmente era altamente significativo.

E FARO[50] conclui:

> Embora em certo momento da história humana se tenha transformado a prática homossexual em pecado, em desvio, que devia, por isso, receber tratamento médico, os relatos sobre a tolerância e até mesmo o culto à prática homossexual em outras culturas bem demonstram que, nas diversas partes do mundo, a homossexualidade já foi, é ou tem sido reconhecida como uma liberdade negativa e individual [...]

Extrai-se, destarte, que a relação afetiva e sexual entre homens era aquiescida por muitos povos antigos, cada civilização com suas peculiaridades culturais.[51] Todavia, notadamente pelo advento do cristianismo, houve uma ruptura

---

[48] DOS SANTOS GOMES FILHO, Antoniel; JUSTAMAND, Michel. NOTAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEXUAL DAS SOCIEDADES DA GRÉCIA E ROMA ANTIGA. **Multidebates**, v. 2, n. 1, 2018.
[49] IOTTI, Paulo. Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade. **Revista Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 83-107, 2021.
[50] FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, v. 15, n. 1, p. 124-129, 2015.
[51] IOTTI, *op. cit.*.

com esse entendimento legitimador, reorientando a sexualidade, censurando a homossexualidade e instaurando a homofobia, a qual vem estampando e afligindo a sociedade ocidental por séculos.[52]

1.2 Da Homossexualidade e da Religião Cristã

Com o declínio do Império Romano e a aniquilação de sua estrutura organizacional, estabeleceu-se uma nova instituição que influenciaria demasiadamente o cenário econômico, político e cultural da Europa Ocidental pelos próximos anos, a saber, a Igreja Católica.[53] Por essa perspectiva, o Cristianismo emergia "como uma doutrina capaz de responder às inquietações e angústias do homem da alta Idade Média, afligido pelos escombros de um império que deixava as cidades em ruínas e o antigo modo de vida em decomposição"[54].

Nesse período, a noção a respeito da sexualidade foi reformulada e os novos valores fixados pela religião permearam o imaginário coletivo de tal maneira que se arraigaram nele e permaneceram indenes no decorrer da história.[55] De acordo com LE GOFF[56]:

> [...] a antiguidade tardia marcou uma virada decisiva nas concepções e nas práticas da sexualidade no Ocidente. Depois de um período antigo-greco-latino em que a sexualidade e o prazer carnal foram valores positivos e em que reinou uma grande liberdade sexual vieram instalar-se a geral condenação da sexualidade e a estrita regulamentação do seu exercício. O principal agente desta inversão foi o Cristianismo.

É justamente da tradição judaico-cristã que se exalam os elementos pioneiros de uma hostilidade em desfavor da homossexualidade.[57] Efetivamente, depreende-se que "o Estado homofóbico nasceu [...] na Europa Medieval, a partir das autocracias combinadas da Igreja e do Estado, sacralizando a sexualidade e

---

[52] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.
[53] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[54] SANTANA, Viviane Caminhas. Dogmas e prazeres: o discurso moral religioso em torno da vivência da sexualidade no ocidente medieval. **Margens**, v. 8, n. 11, p. 254-268, 2014.
[55] ALVES, *op. cit.*.
[56] LE GOFF, Jaques *apud* SANTANA, *op. cit.*.
[57] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.

estabelecendo o ideal heterossexual”[58]. E SANTOS[59] também esclarece que, durante a ascensão do Cristianismo:

> [...] estabelecem-se condições para a construção de um discurso da sexualidade em torno do pecado, o que faz do sujeito homossexual, ou melhor, do sodomita (como então era chamado, em alusão à Sodoma e Gomorra bíblica) um sujeito à mercê da ira divina e da danação.

Naquela época, a Igreja passou a desempenhar uma missão de órgão regulador da vida moral e espiritual.[60] Também se incumbiu de refrear a sexualidade e ministrar as normas de conduta constantes do Antigo e Novo Testamento bíblicos, sempre interpretando os textos sagrados como melhor lhe aprouvesse. Os ensinamentos cristãos preconizavam “o ato sexual como atividade humana exclusiva para a procriação e qualquer prazer vindo dele era pecaminoso e imoral”[61] – condenando, portanto, práticas como o sexo oral e a masturbação, a adesão a quaisquer métodos contraceptivos e a relação unissexual.

A religião assume, então, um projeto de moderar os atos sexuais que os indivíduos poderiam consumar, detalhando onde, quando e com quem o sexo teria seu espaço.[62] Na nova ótica dogmática, o corpo humano era compreendido enquanto templo do Espírito Santo e profaná-lo com os prazeres carnais consistia numa conduta reprovável. Logo, o corpo sexuado passou a ser hegemonicamente desvalorizado e os impulsos e as vontades sexuais excessivamente reprimidos.[63]

Com efeito, o discurso da Igreja Católica acerca da sexualidade humana constituía uma articulação moral-religiosa. O caráter moral se extrai do empenho em controlar os usos e costumes rotineiros das pessoas no âmbito da moralidade e da ética. O traço religioso, por seu turno, consubstancia-se numa doutrina arquitetada e assentada em “um mito fundador, transcendente e

---

[58] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[59] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[60] SANTANA, Viviane Caminhas. Dogmas e prazeres: o discurso moral religioso em torno da vivência da sexualidade no ocidente medieval. **Margens**, v. 8, n. 11, p. 254-268, 2014.
[61] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[62] SANTANA, *op. cit.*.
[63] ALVES, *op. cit.*

sobrenatural”[64], que propagava “a figura de Deus como a totalidade de tudo que existe, onipotente, onipresente e onisciente”[65].

Em análise semelhante, ao tratar da proeminência do fator religioso enquanto diretriz da época, SILVA[66] reforça que:

> A Idade média era notadamente teocêntrica porque sua tríplice estrutura (social, política e religiosa) culminava num ápice comum: Deus. Esse é o mais absoluto dos valores e todas as atividades medievais, individuais, familiares e sociais se hierarquizavam em dependência d’Ele [...]

Dito isso, a condenação do comportamento homossexual tem sua origem impregnada no primeiro livro da Bíblia: o Gênesis.[67] Na cosmogonia cristã, Deus, após formar o mundo, criou o homem e a mulher à sua imagem e determinou ao casal: “Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a [...]”[68]. De tal ditame se cogitava uma heterossexualidade supostamente universal[69], bem como se alicerçava a prescrição religiosa da cópula destinada unicamente a uma finalidade reprodutiva.[70]

Ademais, esse mesmo livro bíblico contém um relato que também fomentava no homem o receio em ter contato erótico com outros homens.[71] A Igreja, a fim de explicar a repercussão desastrosa do amor entre iguais, vinculou as práticas afetivas e sexuais entre pessoas do mesmo sexo a um episódio trágico – flagrante manifestação da ira divina, no qual Deus fez “[...] chover enxofre e fogo, da parte do Senhor, sobre Sodoma e Gomorra. E subverteu aquelas cidades, e toda a campina, e todos os moradores das cidades, e o que nascia na terra”.[72]

A ampla difusão dos preceitos bíblicos investiu o cânone cristão de um prestígio e poderio religiosos e sociais, tornando incontroversa a legitimação

---

[64] TORRES, Marco Antônio. Os significados da homossexualidade no discurso moral-religioso da Igreja Católica em condições históricas e contextuais específicas. **Revista de Estudos da Religião**, v. 1, p. 142-152, 2006.
[65] *Ibidem*.
[66] SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.
[67] SANTANA, Viviane Caminhas. Dogmas e prazeres: o discurso moral religioso em torno da vivência da sexualidade no ocidente medieval. **Margens**, v. 8, n. 11, p. 254-268, 2014.
[68] **Gênesis 1:28.** Disponível em: https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/1. Acesso em: 10 jul. 2022.
[69] SANTANA, *op. cit.*.
[70] TORRES, Marco Antônio. Os significados da homossexualidade no discurso moral-religioso da Igreja Católica em condições históricas e contextuais específicas. **Revista de Estudos da Religião**, v. 1, p. 142-152, 2006.
[71] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[72] **Gênesis 19:24-25.** Disponível em: https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/19. Acesso em: 10 jul. 2022.

concedida ao modelo heterossexual em detrimento das relações entre semelhantes[73]. Apesar do Cristianismo não ter sido a única instituição responsável pelas vedações alusivas à sexualidade – e os princípios então transmitidos não constituíssem algo inovador, foi precisamente o Catolicismo que inaugurou no Ocidente um "arsenal de técnicas de poder e de produção de verdade"[74] que consolidaram uma moralidade sexual.

Nessa perspectiva, acrescenta SANTANA[75] que:

> Como meio de controle das práticas consideradas ilícitas e desaprovadas pela Igreja, a prática da confissão teve papel relevante. A confissão da verdade se inscreveu no cerne dos procedimentos de individualização pelo poder, sendo uma das técnicas altamente valorizadas para produzir a verdade [...]

A confissão, enquanto praxe devota católica, revelou-se como uma estratégia providencial para impulsionar a disseminação do poder pastoral de senhorio sobre as pessoas. Concebida como uma medida de produção de verdade, a confissão suscitava exames de consciência no indivíduo e tinha "como referência uma lei moral que barra tudo o que for relativo à carne e seus prazeres e às impurezas da alma"[76]. A confissão operava, assim, como um instrumento idôneo a cravar as fronteiras entre o bem e o mal.

Outrossim, nesse sistema moral-religioso que enxergava o sexo "na melhor das hipóteses, como um mal necessário, somente indispensável para a reprodução humana"[77], os pecados sexuais eram rotulados em duas espécies: os de acordo e os contrários à natureza. Ao passo que os primeiros não embaraçavam a procriação e consistiam em atos como a fornicação, o adultério, o incesto e o estupro, os segundos correspondiam às práticas como a masturbação, a bestialidade e a sodomia, comportamentos atentatórios à perpetuação da espécie humana e, por isso, tidos como transgressão de maior intensidade.[78] Segundo a convicção então em vigor,

---

[73] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[74] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[75] SANTANA, Viviane Caminhas. Dogmas e prazeres: o discurso moral religioso em torno da vivência da sexualidade no ocidente medieval. **Margens**, v. 8, n. 11, p. 254-268, 2014.
[76] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[77] SANTANA, *op. cit.*.
[78] TORRES, Marco Antônio. Os significados da homossexualidade no discurso moral-religioso da Igreja Católica em condições históricas e contextuais específicas. **Revista de Estudos da Religião**, v. 1, p. 142-152, 2006.

“por implicar o máximo de desordem possível na procriação, a sodomia era considerada um pecado gravíssimo, que não prescrevia jamais, continuando digno de punição por muito tempo”[79].

O alastramento da fé cristã e sua incessante promessa de que o Messias retornaria a qualquer instante para transladar aos céus apenas as pessoas reputadas boas levaram a Igreja a angariar valiosos partidários de seus princípios: os soberanos.[80] Assim, os monarcas eram convertidos e o poder secular assumia a função de ministro de Deus, a fim de salvaguardar a religião, o maior bem de todos.[81] A submissão à regência divina se tornava condição *sine qua non* para a legitimação do governo temporal, pois se concebia “a ideia de que o poder espiritual na terra é superior ao poder exclusivamente terreno”[82]. E frisa SILVA[83] que:

> A majestade do Cristo, representada pela autoridade que ele prepôs depositar sua verdade e sua lei, devia ser respeitada mais que a majestade real, pois a unidade de fé era uma necessidade de ordem pública, de modo que não se podia perturbá-la sem atentar contra o repouso e a honra da sociedade que se gloriava de ser cristã [...]

Desse modo, os governantes assentiam com o dever de cooperação com a Igreja na tarefa de extirpar os desvios da doutrina religiosa. Sendo a religião o fundamento da sociedade, qualquer heresia constituía uma ofensa contra o Estado, comprometendo a sua unidade. A violação da lei sagrada importava em violação da ordem pública e, portanto, era passível de severo castigo.[84]

À vista disso, com o fortalecimento político da Igreja, as condutas homossexuais deixaram de ser condenadas e penitenciadas tão somente com desabonos de ordem teológica e moral.[85] A repressão já não se voltava apenas contra os atos homossexuais, mas contra a própria pessoa que os perpetrava. Tornava-se

---

[79] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de “tornar-se um homem homossexual”: um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.
[80] IOTTI, Paulo. Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade. **Revista Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 83-107, 2021.
[81] SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.
[82] MILANI, Daniela Jorge et al. Relações entre Igreja e Estado: secularização, laicidade e o lugar da religião no espaço público. 2014.
[83] SILVA, *op. cit.*.
[84] *Ibidem*.
[85] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.

uniforme, então, o pensamento incitador da necessidade de dizimar um grupo social: os praticantes da sodomia.[86]

Também registram BARBOSA e MEDEIROS[87] que:

> [...] o cristianismo era fundamentalmente hostil à homossexualidade [...] não houve uma mudança da tolerância para a intolerância na Idade Média, mas sim uma modificação do meio de lidar com a homossexualidade, passando da penitência como punição no início da Idade Média para a fogueira no período posterior.

Nessa perspectiva, GUIMARÃES[88] assegura que:

> Com o desenvolvimento e a expansão do cristianismo como religião dominante, a discriminação contra os homossexuais adquiriu formas elaboradas, e a prática da homossexualidade começou a ser não somente condenada pela sociedade, como também punida de forma exemplar. A questão da reprodução aqui ganha novos contornos; a relação sexual que não tivesse como consequência produzir descendentes dentro de um dado modelo familiar era considerada imoral e antinatural.

A institucionalização social de uma moral homofóbica levou a homossexualidade à clandestinidade, haja vista que, conforme afirma IOTTI[89]:

> [...] o preconceito contra qualquer ato sexual que não fosse aquele praticado dentro do casamento, na posição mais ortodoxa e com a finalidade exclusiva da procriação, aumentou em grandes proporções, pois a sociedade humana já estava doutrinada pelos dogmas arbitrários e preconceituosos da Igreja Católica contra tudo aquilo que esta não julgava correto. [...]

A homossexualidade representava uma ameaça para a família heterossexual monogâmica – axioma do discurso do Catolicismo, em torno da qual era sistematizada a moral sexual vigente[90] – e "o homossexual, por não apresentar comportamento que levasse à reprodução, foi colocado no mesmo nível de assassinos, hereges e traidores"[91]. Por conseguinte, a Igreja e o Estado adotavam

---

[86] TORRES, Marco Antônio. Os significados da homossexualidade no discurso moral-religioso da Igreja Católica em condições históricas e contextuais específicas. **Revista de Estudos da Religião**, v. 1, p. 142-152, 2006.
[87] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[88] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.
[89] IOTTI, Paulo. Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade. **Revista Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 83-107, 2021.
[90] TORRES, *op. cit.*.
[91] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. Revista brasileira de sexualidade humana, v. 17, n. 1, 2006.

uma vigilância tenaz para corrigir e castigar aqueles que destoavam dos valores fundamentais da fé, desestabilizavam os dogmas cristãos e subvertiam instituições sagradas como o matrimônio e a família.[92]

Assim, instaurou-se na Europa Medieval o Tribunal do Santo Ofício, cuja "perseguição aos amantes do mesmo sexo foi democrática, no sentido de que nada e ninguém poderia escapar do julgamento de Cristo"[93]. O regime da Inquisição era "um instituto jurídico para a preservação da fé cristã católica e, mais, do *status quo* social, com medidas anti-heréticas de aspecto punitivo"[94], traduzindo uma aliança entre o poder eclesiástico e o poder civil no encalço de quem fosse considerado nocivo para a sobrevivência da sociedade.

A Igreja e a lei jurídica – e, como efeito, pecado e crime – se entrelaçavam e se influenciavam, de maneira que não se pensava uma apartada da outra.[95] Tal concepção decorria da lógica teocrática, segundo a qual a divindade, quando ofendida por alguém, manifestava sua ira e replicava com desgraças, como secas, fome e pestes. Logo, "admitindo que a tolerância, ante tais pecados, poderia acarretar padecimentos para o povo, cabia à autoridade pública o dever de evitá-los, mediante o sacrifício dos culpados"[96].

Nesse cenário, consoante a asserção de SILVA[97]:

> A autoridade pública tinha o direito de punir com a pena capital aqueles que prejudicam gravemente o bem geral, seja para amputar do corpo social um membro que o contaminava, seja para desviar os outros de imitarem seu exemplo. Era, portanto, considerado justíssimo que a pena de morte fosse aplicada aos que, propagando a heresia com obstinação, comprometiam a fé.

Via de regra, admitiam-se providências coercitivas e públicas como o meio imprescindível para controle e ordenamento da comunidade[98], cuja impetuosa e intolerante persecução alvejava "quaisquer pessoas que não espelhassem no viver e

---

[92] SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.
[93] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[94] SILVA, *op. cit.*.
[95] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[96] GONZAGA, João Bernardino *apud* SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.
[97] SILVA, *op. cit.*.
[98] *Ibidem.*

no pensar as regras impostas pelo poder político-religioso”[99].O terror inquisitorial estava instalado enquanto expediente apropriado para conter o que se considerava mau comportamento[100] e o entendimento implacável e tirânico que vigorava no imaginário europeu nesse período foi propagado durante a tomada e a colonização dos novos territórios pelo mundo, razão pela qual também se verifica no Brasil os reflexos desse enlace entre a Igreja e o Estado.[101]

1.3 Da Homossexualidade e da Perspectiva Brasileira

A aversão à homossexualidade na sociedade brasileira contemporânea possui íntima conexão com o projeto de civilização imposto pela dominação portuguesa no contexto escravista das Grandes Navegações.[102] Ao aportar no território que inicialmente receberia a alcunha Ilha de Vera Cruz, a nação conquistadora lusitana, após ser submetida a séculos de repressão à sexualidade, carregava rígidos valores morais e religiosos entranhados em sua consciência[103]. Logo, quando os portugueses se depararam com uma multidão de povos nativos que “além de viverem nus, sem nenhum pejo ou vergonha, ostentavam práticas sexuais completamente antagônicas à moral cristã”[104], a maioria dos colonizadores se surpreendeu – e escandalizou – com a naturalidade que o corpo, a sexualidade e o sexo eram encarados.[105]

A narrativa de PRETES e VIANNA[106] é a mesma, contando que:

> [...] Ao desembarcarem em terras brasileiras, os europeus trouxeram consigo o preconceito contra as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e ficaram espantados ao descobrir que na colônia já se praticava o "pecado" da sodomia [...] Existem relatos de viajantes europeus de que algumas tribos ameríndias já praticavam atos

---

[99] BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 18, n. 1, p. 71-103, 2011.
[100] SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.
[101] BOMFIM, *op. cit.*.
[102] MOTT, Luiz. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**, n. 49, p. 40-59, 2001.
[103] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[104] MOTT, *op. cit.*.
[105] ALVES, *op. cit.*.
[106] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.

> homossexuais na época do descobrimento do Brasil. Os relatos são marcados pelo preconceito e abominação aos nativos que praticavam atos sexuais com pessoas do mesmo sexo.

Aqueles que habitavam o Brasil previamente à ocupação lusíada adotavam usos que divergiam da heteronormatividade europeia.[107] Há um registro expressivo, elaborado pelos exploradores da época, acerca da existência da homossexualidade indígena – a referindo como pecado nefando e sodomia, contudo indicando que tal conduta era aquiescida nessa ordem social originária. Também há relatos que evidenciam a "bissexualidade como uma vivência da sexualidade aparentemente comum, aceitável e respeitável entre os povos indígenas brasileiros"[108].

Nesse cenário, ainda se somam os hábitos dos povos trazidos à novel colônia pelo tráfico negreiro. Vale dizer, uma "documentação fidedigna atesta que o 'vício dos bugres' era igualmente conhecido, praticado e, em certas etnias, socialmente aceito e até divinizado"[109]. Consoante se expunha naquele período, era espontâneo e corriqueiro aos escravos praticarem suas "imundícies" e "sujidades" uns com os outros[110].

Desse modo, a nação colonizadora, pasma "com o desvencilhamento moral dos índios e dos negros"[111], temia ser contaminada por esses comportamentos entendidos como transgressores.[112] Outrossim, conforme bem pontua MOTT[113]:

> [...] Numa colônia com enorme contingente de índios e negros, cujas culturas demonstravam grande tolerância à libido unissexual, nada mais ameaçador do que a aliança sexual e afetiva entre sodomitas brancos com membros de outras raças, posto que tais aproximações íntimas minavam a desejada distância entre opressores e oprimidos. Dar carinho, prazer e eventualmente até dar as costas e deixar-se penetrar por machos negros ou índios, a quem as regras consuetudinárias determinavam que fossem tratados na "porrada",

---

[107] SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entre cristianismo, laicidade e estado: As construções do conceito de homossexualidade no Brasil. **Mandrágora**, v. 21, n. 2, p. 67-88, 2015.
[108] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[109] MOTT, Luiz. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**, n. 49, p. 40-59, 2001.
[110] ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. **Revista Interdisciplinar Pensamento Científico**, v. 5, n. 1, 2019.
[111] *Ibidem*.
[112] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[113] MOTT, *op. cit.*.

> revolucionava perigosamente os códigos de interação estamental, dando ousadia aos oprimidos e estímulo a se rebelarem contra a dominação dos que detinham o controle legal do uso da espada, do chicote e das armas de fogo.

A Coroa portuguesa, então, apreensiva que o novo mundo se transformaria numa "reedição tropicalista"[114] do apocalipse ocorrido em Sodoma e Gomorra, "durante o processo de colonização e aculturação do Brasil, transplantou para a colônia a ordem jurídico-político-cultural"[115] europeia. Estava inaugurado o processo de criminalização da homossexualidade[116], tipificando sua prática como um delito gravíssimo e condenando à pena de morte os infratores, "não só pelo risco de atraírem a maldição divina, mas também por revolucionarem os costumes, sobretudo os alicerces da família, da moral e da própria estrutura da sociedade"[117]. Para tanto, a Igreja e o Estado se entrecruzavam na repressão da sodomia.[118]

Nesse contexto, o advento das Ordenações Afonsinas forneceu "o documento mais contundente contra a homossexualidade, e no qual vários outros diplomas vão se inspirar"[119]. O capítulo V desse código normativo descrevia o conceito de sodomia, envolto numa concepção religiosa, tratando da homossexualidade enquanto a díade pecado-crime e a castigando com a pena capital.

Por essa perspectiva, PRETES e VIANNA[120] sustentam que:

> O texto legal das Ordenações Afonsinas que trata da sodomia demonstra de que maneira Estado e religião se encontravam intimamente ligados em Portugal. Ao descrever o tipo penal sodomia, a legislação secular fala de Deus e da destruição de Sodoma em função dos hábitos sexuais contra a natureza que seus cidadãos praticavam [...] A construção do texto legal das Ordenações mescla conceitos teológicos e jurídicos, a figura de Deus e do Rei, na configuração do pecado-delito sodomia.

---

[114] MOTT, Luiz. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**, n. 49, p. 40-59, 2001.
[115] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[116] MOTT, *op. cit.*.
[117] *Ibidem*.
[118] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.
[119] MOTT, Luiz *apud* BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[120] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.

Segundo a tradução de AGUIAR[121], o excerto legislativo fazia a seguinte menção à homossexualidade:

> Dentre todos os pecados, bem parece ser o mais torpe, sujo e desonesto o pecado de Sodomia, e não é achado um outro tão aborrecido ante a Deus e o mundo, pois por ele não somente é feita ofensa ao Criador da natureza, que é Deus, mais ainda se pode dizer, que toda a natureza criada, assim celestial como humana, é grandemente ofendida [...]

Logo, considerando a dimensão e perniciosidade do pecado, quem incorresse nessa conduta deveria receber uma punição igualmente grave. A disposição jurídica da época determinava expressamente a reprimenda estatal de morte por fogo, reduzindo a pó todo aquele que exteriorizasse sua homossexualidade.[122]

As Ordenações Manuelinas, por seu turno, equipararam a sodomia ao delito de lesa-majestade, recrudescendo a noção de que sua prática consistia numa afronta direta a Deus e ao soberano temporal.[123] Além de penalizar o autor do crime com a morte na fogueira, a previsão regimental decretava o confisco dos seus bens e tornava inábeis e infames seus descendentes e ascendentes.[124]

Também se instituiu o expediente da delação, cujo ato não consistia num direito da pessoa, mas numa obrigação impassível de abstenção. Em compensação, aquele que fosse conhecedor da prática de conduta homossexual e informasse à Coroa, ficando provado que o acusado efetivamente era um sodomita, receberia parte da sua propriedade confiscada.[125]

O diploma normativo ulterior ratificou a pena fatal, as demais sanções aos sodomitas e o dever de denunciá-los, representando, ainda, um avanço jurídico rumo à censura da homossexualidade no âmbito secular, uma vez que as Ordenações

---

[121] AGUIAR, Asdrúbal *apud* GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.

[122] BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 18, n. 1, p. 71-103, 2011.

[123] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.

[124] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.

[125] BOMFIM, *op. cit.*.

Filipinas incorporaram “taxativamente a mulher como possível sujeito ativo do crime sodomítico”[126]. Todavia, embora existisse a previsão punitiva para ambos, as penalidades eram distribuídas de modo desigual, havendo uma nítida tendência de castigar os homens com bem mais rigor do que as mulheres.[127]

Nota-se, portanto, que, numa temporada de intensa influência dos dogmas cristãos, os poderes eclesiástico e estatal desenvolveram uma caça acirrada aos homossexuais e a qualquer um que se levantasse contra a moral católica. Centenas de pessoas foram usadas como combustível para as chamas ardentes das fogueiras purificadoras da Santa Igreja.

Acerca desse devastador trecho da história brasileira, assim se refere o Ministro Celso de MELLO[128]:

> Se revisitarmos a legislação reinol que Portugal impôs ao Brasil em nosso período colonial [...] iremos constatar a maneira cruel (e terrivelmente impiedosa) com que as autoridades da Coroa perseguiram e reprimiram os homossexuais. É interessante observar que as Ordenações do Reino – as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603) –, marcadas por evidente hostilidade aos atos de sodomia, também qualificada como “pecado nefando” (ou, na expressão literal daqueles textos legislativos, como “cousa indigna de se exprimir com palavras: cousa da qual não se pode fallar sem vergonha”, cominaram sanções gravíssimas que viabilizavam, até mesmo, a imposição do “supplicium extremum” aos autores dessas práticas sexuais tidas por “desviantes”.

A verdade sobre o sexo humano era uma construção teológica-moral tão arraigada nas relações de saber-poder daquele tempo que não se admitia qualquer outro discurso relativo ao tema, bem como se impediam os avanços do conhecimento médico a respeito do funcionamento do corpo. Entretanto, nos anos seguintes, os reflexos dos ideais iluministas europeus ensejaram árduas críticas à manutenção do modelo inquisitorial, considerando seus métodos como subterfúgios arbitrários de imposição de verdade.[129]

---

[126] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[127] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[128] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[129] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.

Ademais, num cenário de profundas mudanças sociais trazidas pelas grandes revoluções, “proliferava o discurso científico de que não cabia à lei punir as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo”[130]. Desse modo, após um longo período recebendo um tratamento incriminador intransigente – por influência do Código Napoleônico que suprimiu todos os delitos homossexuais da nova ordem francesa –, a homossexualidade deixou de ser uma figura jurídica penalmente relevante na vigência do Código Criminal do Império em 1830[131]. Contudo, a revogação da conduta típica de sodomia não acarretou o abrandamento do preconceito em desabono às relações sexuais entre iguais.[132]

Em que pese o aparelho repressor da lei não mais considerasse o homossexual um tipo penal específico, surgem os delitos por ofensa à moral e aos bons costumes.[133] Nessa senda, qualquer demonstração pública de atos tidos como homossexuais ocasionaria a subsunção à essas infrações.[134] Ou seja, não se encarava mais aquele que adotava um comportamento heterodiscordante como um pecador, mas como um inimigo da própria sociedade.[135]

As expressões sexuais permaneceram sujeitas à ingerência social, subsistindo a perseguição às sexualidades periféricas, isto é, aquelas que contrariavam o “modelo da sexualidade familiar, conjugal e heterossexual enquanto fortaleza da moral privada e signo da superioridade da cultura burguesa frente as outras classes e aos povos colonizados"[136]. O controle do sexo já não se exercia mediante as técnicas da confissão e penitência cristãs, mas por intermédio de tecnologias provenientes da “instituição médica, da exigência da normalidade e, ao invés da questão da morte e do castigo eterno, do problema da vida e da doença”[137].

---

[130] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[131] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[132] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.
[133] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[134] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.
[135] SANTOS, *op. cit.*.
[136] COSTA, Jurandir Freire *apud* TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[137] FOUCAULT, Michel *apud* SANTOS, *op. cit.*.

Em linhas gerais, o sexo era regulamentado com vistas a frustrar a perpetuidade para as futuras gerações de tudo que fosse considerado anormal ou indesejável.

Os textos clínicos adotaram, então, a abordagem da homossexualidade enquanto um desvio sexual e inversão do masculino e do feminino. A sexualidade que rompesse com os padrões da heteronormatividade passou a ser "descrita como uma das formas emblemáticas da degeneração, no ramo da Sexologia"[138]. Longe de assumirem uma imparcialidade científica, os médicos se tornaram os novos vigilantes da moral hegemônica, "substituindo os inquisidores na repressão aos amantes do mesmo sexo"[139].

No mesmo sentido, SILVA e BARBOSA[140] narram que:

> A história das ciências "psi" (psicologia, psiquiatria, psicanálise), estiveram envolvidas diretamente com as barreiras e limites entre religião e ciência, muitas vezes cometendo erros de patologização, que tendiam a beneficiar certos grupos dominantes, servindo a seus interesses ideológicos. Podemos citar, por exemplo, a ideia do "homossexualismo", mais especificamente na psicanálise existe uma quantidade de teóricos que usaram a suposta "neutralidade" científica para impor a construção de discursos que por muito tempo patologizaram os homossexuais, usando dessa forma o respaldo científico que legitimava e somava-se a visão religiosa dominante acerca desse tema.

Desse modo, quando o corpo humano se afastou da esfera de projeção da teologia moral e ingressou no ramo da ciência[141], os novos saberes despertaram um território fecundo "para o entendimento da homossexualidade como patologia, para a segregação dos homossexuais nos sanatórios e outras entidades psiquiátricas, bem como para as 'experiências científicas' de 'cura'"[142].

Nesse contexto, surge no século XIX o termo "homossexualismo" para qualificar as relações sexuais entre indivíduos do mesmo sexo, sendo imediatamente associado a uma doença que carecia de tratamento.[143] Essas práticas eróticas eram

---

[138] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.
[139] MOTT, Luiz. Homo-afetividade e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, p. 509-521, 2006.
[140] SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entre cristianismo, laicidade e estado: As construções do conceito de homossexualidade no Brasil. **Mandrágora**, v. 21, n. 2, p. 67-88, 2015.
[141] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[142] GUIMARÃES, *op. cit.*.
[143] *Ibidem*.

vinculadas à uma perspectiva patológica exclusivamente por destoarem da única conduta concebida como útil para a sexualidade humana: a heterossexualidade.[144]

Ademais, a adoção do vocábulo “homossexual”, além de conceder uma terminologia científica a esse objeto de estudo, também desempenhou a serventia de absorver o sujeito homossexual em sua integralidade. Ao passo que o sodomita era entendido como o praticante de um ato pecaminoso particularizado, o homossexual é compreendido como um todo, incorporando seu modo de vida e suas relações afetivas, familiares, sociais e sexuais, pois “nada do que ele é escapa a sua sexualidade”[145]. Destarte, o homossexual era assimilado enquanto uma espécie sexual e o impacto desse rótulo técnico é acertadamente resumido por ANDRADE[146]:

> A partir de 1870, ocorre uma mudança de paradigma: nasce o conceito de homossexual, alguém com uma diferenciação de desejo que abarcava todo o seu ser. Quando Foucault [...] afirma que o homossexual é construído, ele não está afirmando que as pessoas se tornam homossexuais por conta de influências ambientais. O fato é que se descobrir desejando o mesmo sexo a partir da data em questão, passou a ter uma implicação diferenciada, ou seja, o sujeito não estava apenas tendo um desejo, mas ele se descobria parte de um subconjunto [...] da humanidade. Enfim, essa marca recaía sobre o sujeito como um ferro de marcar gado. Afinal, ele pertencia a uma classe que havia se tornado alvo de estudo científico. Desse modo, não era ele quem dizia de si, e de seu desejo, mas as autoridades da época.

A mera existência do homossexual, estipulado agora como portador de uma anomalia do instinto sexual, constituía um fator de preocupação científica.[147] O Higienismo, corrente médica preponderante da época, preceituava que o progresso nacional tinha relação direta com a afirmação “dos valores patriarcais e das boas condutas morais”[148] e atrelava a masculinidade à figura do “pai higiênico”, cujos deveres eram “prover a subsistência material da família, otimizar a reprodução física da ‘raça’ e maximizar o patriotismo da sociedade”[149].

---

[144] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[145] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[146] ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.
[147] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.
[148] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[149] COSTA, Jurandir Freire *apud* SANTOS, *op. cit.*.

Portanto, considerando que o homossexual fugia do modelo higiênico, negando a sua condição de gerador de prole, seu comportamento era merecedor de prevenção e controle.[150] Enquanto patologia degenerativa, o homossexualismo precisava ser detectado e, na sequência, normalizado pelos dispositivos vigentes.[151] Dessa maneira, a medicalização dos sujeitos do "desejo desviante"[152] propunha as técnicas mais bizarras de tratamento, tais como aplicação de hormônios masculinos em homossexuais e o transplante de glândulas e do suco de vários órgãos de animais considerados viris em seres humanos, além da lobotomia, da castração e de terapias de aversão, com o emprego do eletrochoque.[153]

A percepção do amor unissexual no campo dos desvios e transtornos sexuais perdurou pela maior parte do século XX.[154] Contudo, a invenção da pílula anticoncepcional na década de 1960 serviu de referência para uma mutação do paradigma vigente: o ato sexual finalmente se desprendia da restrita finalidade procriadora e seu intuito se redirecionava ao prazer.[155]

Esse contexto promoveu um novo fôlego ao movimento feminista, o qual reivindicava direitos igualitários entre homens e mulheres e desencadeava uma revolução em face da sociedade patriarcal. Valendo-se da conjuntura de efervescência social, a mobilização homossexual também estimulava uma nova perspectiva, retirando seus adeptos da clandestinidade a fim de contestarem a heterossexualidade compulsória[156].

Nesse novo cenário, no Estado norte-americano, o marco inicial do movimento LGBTQIA+ se verificou no dia 28 de junho de 1969, nos arredores do bar *Stonewall* em Nova Iorque. O estabelecimento foi invadido por policiais, sob o pretexto do descumprimento de leis da comercialização de bebidas alcoólicas, ocasião em que

---

[150] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.
[151] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[152] SANTOS, *op. cit.*.
[153] PRETES; VIANNA, *op. cit.*.
[154] SANTOS, *op. cit.*.
[155] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[156] *Ibidem*.

foram confrontados pelos frequentadores do local.[157] A reação aos soldados se manteve pelo fim de semana todo, valendo-se de palavras de ordem audazes como "poder gay" e "sou gay e me orgulho disso".[158]

Já no Brasil, a iniciativa alcunhada de Grupo Somos, criado em São Paulo no ano de 1978, foi o primeiro movimento a ter em sua pauta a politização da homossexualidade e a busca pela sua dissociação de enfermidade mental[159]. Também se envolveu em ações sociais de combate ao HIV/AIDS – num momento em que uma epidemia catastrófica assolava o país na década de 1980[160] e a patologia era chamada de "peste gay" –, opondo-se à ignorância e intolerância que reacendiam a associação entre homossexualidade e moléstia.[161]

Paulatinamente, as relações afetivo-sexuais entre iguais deixam de ser designadas pela expressão "homossexualismo", haja vista que o sufixo "ismo" conduzia ao preconceito histórico da homossexualidade enquanto uma doença.[162] Em 1973, a Associação Psiquiátrica Americana, num ato revolucionário, excluiu do DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) o termo homossexualismo como doença, desvio ou perversão. Seguindo esse exemplo, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina brasileiro retirou esse termo do rol de desvio e transtorno sexuais[163] e, em 1990, a Organização Mundial de Saúde (OMS) também o removeu da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, o CID-10[164].

Reforçando o entendimento de que a homossexualidade não se trata de um distúrbio e a fim de vedar que os profissionais da área aderissem a quaisquer

---

[157] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[158] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[159] BARBOSA; MEDEIROS, *op. cit.*.
[160] TONIETTE, *op. cit.*.
[161] BARBOSA; MEDEIROS, *op. cit.*.
[162] PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.
[163] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.
[164] SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.

práticas visando a sua cura ou conversão, conforme relata ROMÃO[165], em 1999, no plano nacional, o Conselho Federal de Psicologia:

> [...] formulou a Resolução 001/99, considerando que "a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão", que "há, na sociedade, uma inquietação em torno das práticas sexuais desviantes da norma estabelecida sócio-culturalmente" (qual seja, a heterossexualidade), e, especialmente, que "a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para o esclarecimento sobre as questões da sexualidade, permitindo a superação de preconceitos e discriminações".

Em suma, constata-se que a noção de homossexualidade foi construída ao longo da história influenciada pelos discursos religiosos, jurídicos e científicos que delinearam o imaginário social acerca do tema (pecado, crime e doença, respectivamente) e contribuíram para a sua estigmatização.[166] Nessa ótica, GUIMARÃES[167] aduz que:

> Devido a tantos preconceitos e pensamentos equivocados para "acolher" a homossexualidade, os protagonistas desta trama, ou seja, os homossexuais, contam até hoje com uma série de prejuízos, especialmente no nível social (sem contar com os da esfera da subjetividade) para poder circular nos diferentes setores da sociedade e atuar de forma significativa, com efetiva participação, inclusive, nas decisões relativas exclusivamente à sua própria trajetória dentro desta dinâmica social.

No mesmo viés, assevera TONIETTE[168]:

> As distorções a respeito da homossexualidade – e da sexualidade de uma forma geral –, associadas à falta de informação, à educação domesticadora, à intolerância, ao egoísmo e ao medo, funcionam como bases para a formação do preconceito. Os efeitos sociais desse preconceito são o sofrimento, a perda do respeito pela pessoa humana, a restrição da liberdade, a introdução da desigualdade, o estabelecimento e alimentação da discriminação, e a promoção da injustiça.

Sem prejuízo dos avanços rumo a superação da intolerância contra a população LGBTQIA+ nos últimos anos, a sociedade hodierna tem insistido em

---

[165] ROMÃO, Lilian et al. Manual de comunicação LGBT: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. 2010.
[166] BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.
[167] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.
[168] TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.

permanecer silente diante das diversas problemáticas sociais que ainda se apresentam, não raro colaborando para a manutenção de estereótipos depreciativos e a marginalização dessa parcela da comunidade.[169] Lamentavelmente, "a violência, a discriminação e o preconceito contra a diversidade sexual se mantem viva e exorbitante"[170] na nação brasileira, manifestando-se tanto na esfera da vida doméstica, com conflitos familiares devido a não aceitação da homossexualidade de um dos seus membros, quanto no plano social, quando se verificam as mais variadas formas de violação em desfavor daqueles que não estão em conformidade com a heteronormatividade imposta.

1.4 Da Homofobia

A discriminação e o preconceito são termos correlatos, mas que configuram fenômenos distintos. Esse se refere tanto às percepções cognitivas negativas em face de pessoas e/ou grupos socialmente desprezados como às representações sociais dessas percepções de inferiorização. Aquela diz respeito aos atos concretos arbitrários – comissivos ou omissivos – relacionados ao preconceito e violadores de direitos.[171]

Nesse aspecto, a homofobia, pela acepção mais corrente, trata-se de uma forma de preconceito e de discriminação endereçada aos homossexuais. Em brevíssimas palavras, a homofobia consiste na rejeição ou aversão à homossexualidade[172], acrescendo BORRILLO[173] que esse comportamento menosprezante:

> Do mesmo modo que a xenofobia, o racismo ou o antissemitismo, [...] é uma manifestação arbitrária que consiste em designar o outro como contrário, inferior ou anormal; por sua diferença irredutível, ele é posicionado a distância, fora do universo comum dos humanos. Crime abominável, amor vergonhoso, gosto depravado, costume infame,

---

[169] GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.
[170] RESENDE, Livia da Silva. Homofobia e violência contra população LGBT no Brasil: uma revisão narrativa. 2016.
[171] RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.
[172] *Ibidem*.
[173] BORRILO, Daniel *apud* FEITOSA, Cleyton. As diversas faces da homofobia: diagnóstico dos desafios da promoção de direitos humanos LGBT. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 300-320, 2016.

> paixão ignominiosa, pecado contra a natureza, vício de Sodoma – outras tantas designações que, durante vários séculos, serviram para qualificar o desejo e as relações sexuais ou afetivas entre pessoas do mesmo sexo. Confinado no papel do marginal ou excêntrico, o homossexual é apontado pela norma social como bizarro, estranho ou extravagante. [...] À semelhança do negro, do judeu ou de qualquer estrangeiro, o homossexual é sempre o outro, o diferente, aquele com quem é impensável qualquer identificação.

Outros conceitos apontam a homofobia enquanto representação de todas as maneiras de desqualificação e coação conduzidas aos indivíduos que não refletem o ideal normativo de sexualidade, também a referindo enquanto experiência de "preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não) cujas performances e ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos etc.) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos"[174].

Como sintética amostra da realidade homofóbica brasileira, na recente e elucidativa investigação elaborada por NEIVAS e BAPTISTA[175], os dados coletados apontam que:

> Durante os anos de 2011, 2014, 2017 e 2019, foram registradas pelo Disque 100 um total de 12.841 denúncias de violações de direitos humanos contra pessoas LGBTQIA+, onde o ano de 2011 correspondeu a 24,35%, o ano de 2014 a 25,60%, o ano de 2017 a 31,66% e o ano de 2019 a 19,39% do total de denúncias registradas [...]

Na pesquisa é esclarecido que o critério valorado consistiu em denúncias da ocorrência de três espécies de violação: a discriminação (28,85%) e as violências física (16,10%) e psicológica (55,05%). A primeira ofensa, em regra, possui a orientação sexual e/ou identidade de gênero da vítima como motivação. A próxima se refere predominantemente a registros de lesão corporal, maus tratos e tentativa de homicídio. Já a última se consubstancia, principalmente, em humilhação, hostilização e ameaça.

Há quem adentre, ainda, o mérito de fragmentar a homofobia em irracional, cognitiva e geral. A irracional coincide com outras fobias e fomenta sensações negativas como medo e pânico na presença de uma pessoa LGBTQIA+,

---

[174] JUNQUEIRA, Rogério Dini *apud* CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. O Direito da Sociedade, p. 257, 2012.

[175] NEIVAS, Guilherme Silva; BAPTISTA, Alessandra Carreiro. Análise Exploratória de Dados Espaciais da Violência Contra LGBTQIA+ no Brasil. **Rev. Bras. Cartogr**, v. 74, n. 1, 2022.

porém tal concepção é problemática por “flertar com perspectivas patológicas”[176]. Conforme verificado nas definições preambulares, a noção da homofobia enquanto temor infundado, de fato, é excluída do campo conceitual contemporâneo por reproduzir uma lógica da homossexualidade deletéria.[177]

A modalidade cognitiva retrata o preconceito homofóbico numa perspectiva social e simbólica, circunstância em que os demais até convivem com a população LGBTQIA+, mas condenam essas identidades dissidentes e assumem uma postura apática diante da violência suportada por essa minoria e da sua luta pelo reconhecimento de direitos. Já a homofobia geral mais se ajusta à ideia de transfobia, haja vista que diz respeito à ordem hegemônica de gênero. Nesse último prisma, a violação sofrida pelos indivíduos LGBTQIA+ decorre do que se entende por subversão do gênero adequado ao sexo biológico.[178]

Aliás, de acordo com a contribuição de RIOS[179], a noção de homofobia contempla duas dimensões:

> [...] veiculadas de modo isolado ou combinado, conforme a respectiva compreensão. Enquanto umas salientam a dinâmica subjetiva desencadeadora da homofobia (medo, aversão e ódio, resultando em desprezo pelos homossexuais), outras sublinham as raízes sociais, culturais e políticas desta manifestação discriminatória, dada a institucionalização da heterossexualidade como norma, com o consequente vilipêndio de outras manifestações da sexualidade humana.

Com efeito, a homofobia não se limita à uma compreensão a partir das experiências individuais vivenciadas pelos sujeitos alvos do preconceito e da discriminação e pelos outros indivíduos presentes em sua socialização. Também pode se relacionar com a essência do heterossexismo, “sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito”[180]. A partir de pressupostos históricos e culturais, o complexo ideológico do heterossexismo ou da heteronorma impõe uma linearidade

---

[176] FEITOSA, Cleyton. As diversas faces da homofobia: diagnóstico dos desafios da promoção de direitos humanos LGBT. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 300-320, 2016.
[177] CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. O Direito da Sociedade, p. 257, 2012.
[178] FEITOSA, *op. cit.*.
[179] RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.
[180] *Ibidem*.

entre sexo biológico, orientação sexual e gênero, bem como “nega, ridiculariza e estigmatiza qualquer forma de comportamento, identidade, relação ou comunidade diferente da heterossexual”[181].

Para além de transmitir a concepção ampla de que todas as pessoas são natural e genericamente heterossexuais, invisibilizando qualquer um que não coincide com esse modelo, o heterossexismo também respalda a tendência em igualar o heterodiscordante ao imoral, atribuindo menor – ou nenhum – valor às relações entre pessoas do mesmo sexo, e em considerar a homossexualidade como prejudicial ao indivíduo e ao tecido social.[182] Logo, numa sociedade com esse ideal, o binômio hetero/homo implica num critério decisivo para reconhecer a dignidade dos indivíduos e lhes conferir os benefícios sociais, políticos e econômicos. Consoante relata RIOS[183]:

> [...] Daí advém, de um lado, superioridade e privilégios a todos que se adequam a tal parâmetro, e de outro, opressão e prejuízos a lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e até mesmo a heterossexuais que porventura se afastem do padrão de heterossexualidade imposto.

O não-reconhecimento da comunidade LGBTQIA+ a constrange a uma modalidade de ostracismo social, denega valor a seu modo de ser ou viver, enseja condições para os mais variados meios de tratamento degradante, recusa sua esfera de direitos e frustra sua autonomia e possibilidade de interação sociais.[184] O Estado brasileiro, enquanto agente regulador do convívio comunitário, tem preferido adotar uma postura, ainda que velada, de censura à essas pessoas e de empenho em mantê-las na invisibilidade, notadamente na esfera da inércia e escusa legiferantes. Conforme aponta ARAÚJO[185]:

> [...] Prova disso é que todos os direitos dessa população não se deram aqui por lei – direito ao casamento, direito à adoção, direito ao nome social, direito à declaração de Imposto de Renda, direito ao recebimento de pensão, direito de doar sangue e criminalização da

---

[181] SOUZA, Daniel Cerdeira de et al. A produção literária sobre homofobia internalizada. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 5, 2019.
[182] DRESCHER, Jack. O que tem no seu armário? Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 23.
[183] RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.
[184] *Ibidem*.
[185] ARAÚJO, Janaína. Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei. Acesso em: 22 jun. 2022

> homofobia. São alguns direitos. Nenhum se deu pela via adequada pra essa minoria – que eu não chamo de minoria; eu chamo de maioria minorizada.

No contexto de um corpo social que majoritariamente propaga a noção do homossexual como um ser inferior e portador de um defeito de caráter moral, não se pode olvidar, ainda, de outro desdobramento da homofobia relacionada ao heterossexismo: a internalização[186]. Diante de ideais de natureza sexual e afetiva sustentados na "superioridade psicológica e cultural da heterossexualidade, parece difícil esquivar os conflitos interiores resultantes de uma não adequação a tais valores"[187]. Desse modo, a homofobia internalizada se perfaz quando a população LGBTQIA+ assimila esse imaginário depreciativo e constrói sua própria subjetividade se valendo de pensamentos e posturas homofóbicos. Ilustrando essa conjuntura, desenreda DRESCHER[188] que:

> Um homem de orientação homossexual [...] pode não aceitar seus sentimentos por pessoas do mesmo sexo. Ele pode escolher casar com uma mulher e manter um estilo de vida ostensivamente heterossexual. Mas ele pode nunca perder seus desejos homossexuais e, mesmo se estiver consciente deles, continuar não se identificando como gay. Ele pode desenvolver um histórico de encontros homossexuais ou, até mesmo, envolver-se em relacionamentos homossexuais clandestinos, ao mesmo tempo em que expressa desdém pelo "estilo gay de vida" e pela comunidade gay em geral. Ele pode procurar ajuda religiosa e profissional, ou até a cumplicidade da esposa, para fortalecer sua identidade não gay.

Enquanto um fenômeno discriminatório intenso e cotidiano nos mais diversos planos, a homofobia se expressa em todo caso que distinções, exclusões, restrições ou preferências suprimem ou atravancam o reconhecimento, o proveito e/ou o exercício, de modo igualitário, "de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública"[189]. Extrai-se, afinal, que a homofobia viola intensa e permanentemente uma gama de direitos e

---

[186] SOUZA, Daniel Cerdeira de et al. A produção literária sobre homofobia internalizada. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 5, 2019.
[187] BORRILO, Daniel *apud* FEITOSA, Cleyton. As diversas faces da homofobia: diagnóstico dos desafios da promoção de direitos humanos LGBT. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 300-320, 2016.
[188] DRESCHER, Jack. O que tem no seu armário? Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 27.
[189] RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.

garantias básicas, reconhecidos e protegidos tanto no âmbito constitucional quanto na esfera internacional dos direitos humanos.

2 DA TUTELA DAS MINORIAS

2.1 Do Conceito e da Distinção entre Grupos Vulneráveis e Minorias

No cenário contemporâneo de uma sociedade plural, concebida por indivíduos dotados dos mais diversificados traços culturais e com dinâmicas relacionais cada vez mais complexas, extrai-se uma crescente preocupação com a questão dos grupos vulneráveis e das minorias, notadamente no que concerne à proteção de tais pessoas.[190]

Com efeito, é inegável a discriminação suportada por indivíduos que carregam elementos de identidade cultural ou de outra natureza que os distinguem dos grupos de dominância da comunidade. Logo, malgrado a perspectiva de uma pretensa evolução social, denota-se que a sociedade do século corrente não progrediu com vistas à plena aceitação da diversidade existente no âmbito das relações humanas, apartando tais pluralidades nos alcunhados grupos vulneráveis e minorias.[191]

Nessa toada, constitui dever do Estado a percepção e análise das marcas que diferenciam uns indivíduos dos outros a fim de eleger aqueles que causam danos – os quais afetam toda a comunidade e não se restringem à parcela diretamente atingida, pois "à maioria que mais ou menos segue o padrão vigente restam o empobrecimento da experiência, a massificação e a intolerância"[192] – e, com base nisso, editar normas que persigam um comportamento social imprescindível ao alcance da igualdade. Noutros dizeres, carecem de especial tutela estatal aquelas pessoas que estão no corpo social, mas nele não são efetivamente inseridas, leia-se grupos vulneráveis, ou, ainda, não são reconhecidas em virtude de algum rasgo identitário que não é compreendido como típico da sociedade, tais como as minorias,

---

[190] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

[191] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

[192] SUIAMA, Sergio Gardenghi *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

e por tal razão ambos segmentos da coletividade sofrem constante e intensa opressão.

Contudo, a efetiva custódia dos grupos vulneráveis e das minorias esbarra de plano justamente na sua conceituação[193]. Apesar da tarefa de distinguir tais parcelas da comunidade não se deparar com um consenso na literatura[194], essa iniciativa, por ensejar maior segurança no tratamento conferido às minorias e aos grupos vulneráveis, é de suma pertinência para se resguardar a maior tutela possível a eles.[195]

Nessa senda, SILVEIRA e FREITAS[196] esclarecem que:

> [...] é preciso atentar para a diferença existente entre os seres humanos e as especificidades culturais, linguísticas, religiosas ou étnicas de cada Estado. Assim como não é possível a adoção de uma regra universal de justiça ou um ordenamento jurídico único para todas as Nações, as minorias também variam no tempo e no espaço.

Logo, é manifesto que a investigação em voga deve se direcionar a uma definição não estagnada, mas propícia às transformações e aberta às novas realidades que podem sobrevir com o decorrer do tempo, mormente porque "o conhecimento humano se constitui de saberes provisórios que são aprimorados, retificados ou modificados constantemente"[197].

Abordando especificamente a temática minoritária, é valido expor, inicialmente, a concepção tradicional desse grupo sustentada pelo professor Francesco Capotorti e elaborada mediante o método interpretativo do artigo 27 do

---

[193] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

[194] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

[195] JUBILUT, *op. cit.*.

[196] SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017.

[197] *Ibidem*.

Pacto dos Direitos Civis e Políticos[198]. Por uma tradução livre de tal conceito[199], depreende-se que as minorias consistem num grupo numericamente inferior ao restante da população de um Estado, numa posição não-dominante, cujos membros – sendo nacionais do Estado – possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas distintas do restante da comunidade e manifestam, ainda que implicitamente, um senso de solidariedade, dirigido à preservação de suas culturas, tradições, religiões ou língua.

Dessa ideia é possível extrair os seguintes critérios essenciais para definição das minorias: o numérico, por se referir a um grupo numericamente inferior; a não dominância, considerando a posição não preponderante sobre os demais; a cidadania, tendo em vista que tais indivíduos integram um Estado; e a solidariedade entre os sujeitos pertencentes às minorias a fim de preservar a sua cultura, religião e/ou linguagem.

Todavia, a proposição supra é alvo de críticas que pretendem aperfeiçoar a definição de minorias. De fato, as minorias não consistem em grupos de pessoas necessariamente em menor número quando contrapostas ao restante da população de um Estado. Exemplificativamente, o regime do *Apartheid* que vigorou na África do Sul dispensava um tratamento discriminatório e segregativo a uma maioria negra daquele país. Outro ponto conflituoso do conceito de Francesco Capotorti reside no fator da cidadania. A vinculação das minorias a um determinado Estado, quer nata quer naturalizada, culmina na recusa de proteção carecida por pessoas que não pertencem àquela nação, assim como os trabalhadores imigrantes e os indígenas. E deve ser superada, por fim, a noção das minorias tradicionais atinentes aos indivíduos que tão somente ostentem diferenças étnicas, religiosas ou

---

[198] Artigo 27 do **Decreto nº 592/1992**. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 abr. 2022.

[199] SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017. Texto conforme transcrito pelos autores: *"A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members – being nationals of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed, towards preserving their culture, traditions, religion or language.*"

linguísticas, para acolher grupos que possuam outros traços distintivos, tais quais as mulheres e a população LGBTQIA+.

Destarte, a concepção clássica – e flagrantemente quantitativa – é suplantada por alguns pesquisadores, preferindo-se adotar um viés qualitativo e, assim, analisar o "contexto social, histórico, político e econômico no qual determinada minoria estaria inserida".[200] Na mesma linha é o posicionamento ventilado por JUBILUT[201] ao alegar que a definição do que constituem os grupos vulneráveis e as minorias:

> Trata-se de um exercício jurídico, social, filosófico e político, uma vez que todas essas dimensões colaboram para a construção de um conceito de minorias e grupos vulneráveis, e, sendo estes vinculados ao construído histórico-social [...].

Num sucinto conceito, as minorias podem ser delineadas enquanto grupos sociais submetidos "à vulnerabilidade jurídico social e que buscam numa luta contra-hegemônica diminuir o poder vigente e garantir direitos de cidadania, construindo e reconstruindo nesse processo as suas identidades".[202]

Não se pode olvidar, também, que, em um prolongado período da história, as minorias foram concebidas pelo bloco majoritário como sujeitos portadores de valor social de menor importância, ou seja, continuamente depreciadas pelas parcelas dominantes da comunidade, exploradas e/ou excluídas socialmente. Sob esse ângulo, as minorias podem ser descritas como "segmentos das sociedades que possuem traços culturais ou físicos específicos que são desvalorizados e não inseridos na cultura da maioria, gerando um processo de exclusão e discriminação"[203]. Conforme se vê, o regime de estranhamento e exclusão outorgado pelos grupos de dominância às minorias é desencadeado pelos aspectos que tornam essas pessoas diferentes dos demais.

---

[200] SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017.

[201] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

[202] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber De. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

[203] ROSO *et. al. apud* SILVA, Danilma Melo da et al. O exercício da soberania popular e o reconhecimento dos direitos das minorias no Brasil.

Aprimorando essa perspectiva, são eleitos dois parâmetros mínimos aptos a caracterizarem as minorias, um de ordem objetiva e outro de caráter subjetivo. Acerca do primeiro critério, aponta-se "a discriminação sofrida pelos grupos minoritários no caminhar pela conquista de direitos e o reconhecimento de sua condição como parte integrante da sociedade como um todo"[204].

A discriminação sugere a ideia de segregação, de negação de direitos sem qualquer justificativa e de desqualificação de determinado indivíduo simplesmente por pertencer a grupos diversos dos dominantes, culminando, enfim, no desprezo da condição de humanidade e dignidade da pessoa. Verdadeiramente, todos os grupos minoritários, cada qual com suas especificidades, suportaram ou ainda enfrentam um tratamento discriminatório em virtude de seus rasgos identitários, isto é, um tratamento prejudicial e destituído de explicação razoável ou proporcional.

A respeito do critério de natureza subjetiva, SILVEIRA e FREITAS[205] designam a igualdade material redimensionada pela diferença, cuja finalidade é:

> [...] evitar a adoção e prática de políticas de exclusão, segregação ou assimilação, mas preconizar os ideais de inclusão e reconhecimento de identidades com base na implementação de práticas educacionais igualitárias que proporcionem iguais condições de acesso a oportunidades e a liberdade de participação para todos, sem distinções de qualquer natureza.

Nesse ponto, vale indicar as três vertentes da igualdade: a formal ou perante a lei, a substancial ou material e a material referente ao reconhecimento de identidades. Em que pese a relevância da igualdade formal, percebe-se a insuficiência de um tratamento isonômico oferecido a todos os cidadãos na forma da lei, devendo também existir a igualdade no âmbito fático ou real, quer dizer, a igualdade substancial, capaz de conceder especial tutela aos "interesses de grupos sociais considerados marginalizados"[206]. Já o terceiro viés da igualdade é concernente ao reconhecimento do direito à diferença idôneo a propiciar a concretização de uma proteção às particularidades do indivíduo, viabilizando um tratamento congruente com

---

[204] SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017.

[205] *Ibidem*.

[206] ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

sua diferença. [207] Ou seja, a eventual formulação das políticas públicas deve ter em vista as condições especiais das múltiplas minorias, promovendo a superação de preconceitos arraigados na sociedade e os substituindo por modelos igualitários e justos.

Essa seleção dos parâmetros objetivo e subjetivo alcança um ponto de equilíbrio em que é possível tutelar e assegurar os direitos das minorias, "além de permitir a abertura para grupos que pudessem vir a ser considerados como tal posteriormente".[208] Outrossim, a fim de desenvolver ainda mais a tese em exame, pode-se propor a combinação de três elementos basilares para a conceituação das minorias e, também, dos grupos vulneráveis – a construção histórica-política-jurídica-social, o binômio diferenciação-diversidade e a subjugação – correlacionados, ainda, a três elementos concretizadores – a identidade, o grupo social e a vulnerabilidade.[209]

Em síntese, o elemento da construção favorece uma contextualização perante diversos períodos históricos, expondo que o conceito de grupos vulneráveis e minorias consiste numa premissa volátil e vinculada a estrutura jurídica-política-social que o rodeia. O dueto diferenciação-diversidade diz respeito à tendência de assinalar os grupos vulneráveis e as minorias como um conjunto de indivíduos dotados de características distintivas em relação a sociedade em geral (diferenciação), bem como à heterogeneidade existente entre os grupos vulneráveis e minorias (diversidade). Com efeito, traduz o direito a ser diferente. A experiência de um determinado grupo em ter suprimida, total ou parcialmente, a prerrogativa de participar ativamente nas relações de poder no corpo social se consubstancia na ideia de subjugação, que é o terceiro fator basilar. Quer dizer, percebe-se que os grupos vulneráveis e as minorias assumem uma posição hierárquica rebaixada frente à sociedade majoritária no que diz respeito às relações de poder estabelecidas entre eles.

---

[207] SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017.

[208] *Ibidem*.

[209] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

Não obstante a relevância dos três elementos basilares, ao se ater tão somente a eles, há o risco de não se lograr a tutela adequada às minorias e aos grupos vulneráveis. Portanto, a fim de aprofundar a definição dessas parcelas da comunidade, são apontados adiante os três fatores concretizadores da conceituação.[210]

O elemento da identidade possui o condão de apresentar as mais diversas facetas, relacionando-se com um sucessivo processo de "se tornar" e não consistindo num dogma invariável. Isto é, a pluralidade de identidades existente no panorama social contemporâneo é incompatível com o esforço de interpretar um indivíduo tomando por norte uma perspectiva una. Nessa seara, por exemplo, a conjugação dos traços de etnia, gênero e orientação sexual comporta uma infinidade de arranjos e resultados.[211]

O próximo elemento compete à ideia de grupo social, cujo enquadramento de seus membros deve se amparar sob a ótica do agente perseguidor e não da vítima da perseguição. Isso porque se o agente persegue outrem por perceber tal pessoa como integrante de determinado grupo, mesmo que o sujeito perseguido não se entenda como pertencente aquele conjunto de indivíduos, existe um grupo social. Partindo dessa lógica, ainda que um grupo subjugado pela sociedade majoritária não enxergue a si mesmo enquanto formador de uma minoria ou grupo vulnerável, as tentativas ou ações concretas de repressão pela maioria motivam a adoção de tratamento e proteção próprios para tal agrupamento e seus membros.[212]

A vulnerabilidade constitui o terceiro e derradeiro elemento concretizador e pode ser vislumbrada como a circunstância em que indivíduos ocupam um plano no qual estão suscetíveis a ataques e ofensas, bem como, em cotejo com a comunidade em geral, assumem uma posição mais fraca. Essa situação de desfavorável exposição pode decorrer de causas naturais, como a condição das pessoas portadoras de deficiência, ou ser produzida e sustentada por arranjos sociais,

---

[210] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.
[211] *Ibidem.*
[212] *Ibid.*

tal qual o machismo, o racismo e a homofobia, prejudicando a autonomia desses sujeitos.[213]

Embora a tese até aqui ventilada contribua de modo indiscutível para a conceituação dos grupos vulneráveis e das minorias, não se encarou o desafio de efetivamente distinguir e individualizar cada qual. Há quem, inclusive, justifique a ausência de diferenciação, considerando que "na prática, tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância".[214]

Sem prejuízo da constatação supra, é preferível evocar a problemática e, preliminarmente, declinar os elementos identificadores comuns a ambos os grupos, vale dizer, a posição de não-dominância junto à sociedade, a carência por especial proteção estatal e opressão social sofrida por seus membros.[215] Dito isso, passa-se a indicar as distinções existentes entre os grupos vulneráveis e as minorias, segundo se expende doravante.

A primeira toca à ordem ou classificação. Nessa esfera, ao passo que os grupos vulneráveis consistem em gênero, abarcando todos os grupos que assumem uma inferior posição social, as minorias compõem uma espécie daquele, por se referir a um conjunto de indivíduos vinculados por um traço específico em comum que os sujeita ao isolamento social. Quer dizer, inexiste uma identidade que atrai os integrantes dos grupos vulneráveis, haja vista que são agrupamentos compostos pelo corpo social de modo genérico, como os consumidores e os acusados penais. Em contrapartida, nas minorias se evidencia um rasgo identitário presente em todos os seus membros, os ligando entre si e formando um grupo próprio, tais quais os negros e os homossexuais.

O segundo ponto distintivo se relaciona com a natureza ou essência. Apesar de terem a sua existência reconhecida pela sociedade, os grupos vulneráveis não são plenamente nela inseridos. Em outros termos, os grupos vulneráveis, por não serem totalmente aceitos pela parcela dominante, apenas estão no corpo social, mas

---

[213] JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

[214] SÉGUIN, Élida *apud* SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

[215] SIQUEIRA; CASTRO, *op. cit.*.

não são esse corpo. Ainda, não se verifica uma relação de dependência e interesse com o fator discriminatório, de modo que os grupos vulneráveis não perseguem a manutenção da condição que os oprime. De outro norte, as minorias coexistem socialmente, porém não são reconhecidas enquanto detentoras de direitos assim como os demais. Ademais, dado que a característica objeto de discriminação consiste justamente num traço formador de sua identidade, as minorias almejam conservar essa particularidade ímpar.

A terceira diferença entre os grupos vulneráveis e as minorias se exterioriza no objetivo. Enquanto os primeiros imprimem seus esforços no intuito de exercerem seus direitos, as segundas, movidas pelo impulso de transformação, buscam, antes de tudo, o reconhecimento de que também são titulares de direitos e, paralelamente a isso, o seu exercício. Aliás, à medida que as minorias "articulam movimentos sociais com o fim de participação nas decisões políticas"[216] – mormente num cenário constitucionalmente democrático que outorga essa mobilização –, os grupos vulneráveis projetam sobretudo a aceitação social.

É certo que, dentre os tantos caracteres parelhos entre os grupos vulneráveis e minorias, o "vínculo subjetivo de solidariedade entre seus membros para a proteção de sua identidade cultural"[217] – único aspecto subsistente do conceito clássico proposto por Francesco Capotorti – singulariza estas em detrimento daqueles. Em arremate, diante de um grupo de pessoas que pretende preservar incólume o seu rasgo identitário – leia-se minorias – é evidente que quaisquer políticas públicas que venham a ser implementadas a fim de tutelar tais indivíduos devem se propor à manutenção deste traço e, assim, salvaguardar a identidade dos seus membros.

2.2 Da Democracia em face das Minorias

---

[216] BRANDI, Ana Carolina Dias; CAMARGO, Nilton Marcelo de. *apud* SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.
[217] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

O *caput* do artigo 1º[218] da Constituição Federal concebe o Estado brasileiro enquanto Estado Democrático de Direito e o parágrafo único reforça a democracia como seu princípio informador, adotando, dessa maneira, a fórmula pela qual se opera o "governo do povo, pelo povo e para o povo"[219]. Como é sabido, a democracia "se funda no princípio da soberania popular e demanda a participação efetiva e operante do povo na coisa pública"[220].

Nessa ótica, é evidente – devido ao corrente contexto populacional e espacial, dentre outros motivos – a impraticabilidade de se ressuscitar e implementar na contemporaneidade a democracia típica da *polis* grega.[221] Em face da complexidade e dimensão dos Estados atuais, é inimaginável convocar todos os cidadãos de uma nação para, em praça pública e mediante o voto direto, deliberarem sobre os impasses da vida comunitária.[222]

À vista disso, a representação política constitui o atributo distintivo dos regimes democráticos no presente, haja vista que viabiliza o desempenho concreto da democracia nos Estados contemporâneos. Por intermédio de tal instituto, o cidadão designa seus representantes para, em consonância com suas ambições, e se escolhido por maioria de votos, atuar nos órgãos eletivos.[223] Desse modo, as deliberações concernentes a toda coletividade não são tomadas diretamente pelos indivíduos que dela fazem parte, mas por aqueles que são eleitos para tal fim.[224]

Não se pode olvidar, ainda, da diretriz que é comumente identificada como sustentáculo da democracia: "a regra à base da qual são consideradas decisões

---

[218] Artigo 1º da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

[219] FACHIN, Zulmar *apud* OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.

[220] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 119.

[221] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.

[222] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

[223] SGARBOSSA; IENSUE, *op. cit.*.

[224] BAPTISTA, *op. cit.*.

coletivas — e, portanto, vinculatórias para todo o grupo — as decisões aprovadas ao menos pela maioria daqueles a quem compete tomar a decisão”[225]. Com lastro em tal observação, infere-se que a ordem democrática possui íntimo vínculo com a expressão de vontade da maioria de uma sociedade.

No entanto, não é desarrazoada a asserção de que uma das principais tarefas da democracia representativa majoritária, que é justamente lograr uma atuação do Estado em conformidade com a vontade popular, consiste em árduo expediente a ser atingido. De plano, um dos entraves conexos a toda espécie de representação reside na dificuldade de compelir qualquer órgão representativo de interesses alheios – ou com a incumbência de zelar por eles – a atuar efetivamente em prol das pretensões dos representados, não se desviando de sua finalidade e passando a empregar as prerrogativas e a autoridade auferidas em proveito próprio.[226]

Após eleito, o representante é munido de autonomia para tomar decisões conforme seu entendimento particular, não possuindo qualquer compromisso formal com sua base votante. A própria maioria, então, não vislumbra todas as suas vontades concretizadas pela atuação confiada a seu representante.[227]

Portanto, verifica-se que a representação política pode trazer riscos plausíveis para a maioria eleitora, cujo poder de decisão se restringe ao voto. O exercício do mandato outorgado pelos representados pode prejudicar demasiadamente os objetivos por eles almejados, não raro se revelando frontalmente contrário às suas expectativas.[228]

Ademais, apesar da prática da democracia se aprimorar no decorrer do século XX, refinando seus elementos essenciais, tais como o sufrágio universal, a liberdade de expressão, a possibilidade de oposição e a alternância no poder, dentre outros, “a questão da representatividade, em que se apoia toda a legitimação do

---

[225] BOBBIO, Norberto *apud* OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.
[226] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.
[227] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[228] SGARBOSSA; IENSUE, *op. cit.*.

poder, embora também tenha evoluído, não alcançou ainda um objetivo básico do ideal democrático: exprimir as aspirações das minorias da sociedade”[229].

Numa comunidade filiada ao sistema democrático, a regra da maioria é admitida para instrumentalizar a eleição de representantes e a tomada de decisões. Contudo, malgrado o seu préstimo em superar alguns dilemas rotineiros da dinâmica pública, como contornar a eventual indecisão sobre assuntos de vital importância para a sociedade, a adesão ao regime majoritário traz consigo seus percalços e limitações.[230] Como técnica de representação, a maioria conduz à ineficácia material de parcela dos votos e, via de consequência, mantem uma fração do eleitorado privada de representantes. Já enquanto técnica de tomada de decisão, a maioria o faz à revelia de indivíduos e minorias derrotadas no processo deliberativo majoritário.

Oportuno pontuar, ainda, que “não existe uma vontade única e homogênea da maioria, tal qual a expressão ‘vontade do povo’, usada indiscriminadamente por políticos e analistas, possa sugerir”[231]. De fato, a vontade do povo traduz um conjunto de interesses individuais que se congregam em torno de um mesmo discurso político, sem qualquer referência na realidade, mas de ardente persuasão e apelo sobre as massas.

Nesse sentido, a maioria não constitui um princípio democrático, mas equivale a um autêntico artifício de que se vale a democracia para adotar decisões governamentais pretensamente no interesse geral, e não segundo as aspirações da maioria, a qual é contingente. Apesar disso, um exame mais minucioso denota que a maioria, representada nos órgãos públicos, não retrata a maioria do povo, mas corresponde a uma parcela influente de poucos, “de maneira que as leis exercem uma função de arbitragem, nem sempre mais democrática, porque, no mais das vezes, tem por interesse geral o da classe dominante”[232].

A democracia representativa majoritária pode se converter em inequívoca tirania da maioria sob a ótica dos grupos sociais minoritários, tendente a

---

[229] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[230] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.
[231] BAPTISTA, *op. cit.*.
[232] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 132

desprezá-los e reprimi-los sem, contudo, violar a lei.[233] Nessa ordem de ideias, segundo SILVA[234]:

> [...] quanto mais divergentes são os interesses das classes sociais, quanto mais aguçadas são as contradições do sistema social vigente, tanto mais acirrados são os debates e as lutas no processo de formação das leis, já que estas é que vão estabelecer os limites dos interesses em jogo, tutelando uns e coibindo outros. Daí também a luta prévia relativa à composição dos órgãos incumbidos da função legislativa, pois que, no regime de representação popular e decisão por maioria, os titulares de interesses que conseguirem maior representação terão a possibilidade de domínio. Essa luta prévia se traduz no procurar evitar-se que os interesses dominados, ou que se quer dominar, venham a participar da legislação.

Também versando sobre o método deliberativo da maioria, SGARBOSSA e IENSUE[235] enfatizam que:

> Qualquer processo de tomada de decisão coletiva regido pelo princípio majoritário, qualquer que seja a regra da maioria escolhida, traz consigo potenciais riscos para as minorias vencidas nestes processos decisórios. Com efeito, seus votos contrários de nada valerão, uma vez que a decisão tomada majoritariamente lhes poderá ser imposta, a despeito de sua discordância. E, não raro, poderão ser decisões graves, cujas repercussões poderão potencialmente atingir bens valiosos, como a liberdade, o patrimônio, a integridade física e até mesmo a vida.

Costumeiramente no cenário político democrático as minorias ficam sujeitas à assimilação compulsória da vontade da maioria, esta na condição de detentora legítima do poder.[236] A regra da maioria, a qual se adota por imperativos pragmáticos, sacrifica boa parcela da segurança individual daqueles vencidos nos processos decisórios vigentes. Por mais exigente que seja o critério deliberativo majoritário, sempre existe uma minoria passível de sofrer a repercussão – que pode ter um alcance extremamente oneroso – da vontade da maioria.[237]

Nesse contexto, ALVES e OLIVEIRA[238] destacam que:

---

[233] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

[234] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 132 e 133.

[235] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.

[236] BAPTISTA, *op. cit.*.

[237] SGARBOSSA; IENSUE, *op. cit.*.

[238] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.

> [...] eventualmente minorias dependerão da vontade das maiorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem que possam, no entanto, vê-los efetivados, porque nem sempre interessa às maiorias defender os direitos dos grupos minoritários. Acredita-se que, por paradigmas mantidos pela falta de instrução, ou também pela visão acrítica da democracia, às maiorias não costuma interessar a defesa dos direitos dos grupos vulneráveis. Pelo contrário, é comumente observável que, por conta da aversão e dos preconceitos de determinados grupos, são suprimidos direitos dos demais.

A noção de que a razão está sempre com a maioria se respalda num postulado filosófico transcendental que propaga a existência de uma consciência coletiva que reconhece o bem e a justiça. Porém, o mesmo elemento metafísico que justifica tal posicionamento já se prestou a preconizar a sabedoria e poder divinos da figura do monarca, cujo *status* não era passível de contestação por seus súditos.[239] Em vista disso, é manifesto que a divinização da vontade da maioria popular possui o condão de perverter a democracia num governo irracional e manipulável.[240]

Em qualquer nível de decisão o juízo majoritário pode se revestir de prudência ou imprudência, justiça ou injustiça, conforme os valores subjetivos da parcela preponderante de uma comunidade, e, por isso, não pode ter a pretensão de ser dotado de uma infalibilidade moral.[241] A regra majoritária é empregada como instrumento estratégico para facilitar a representação, a eleição e a decisão e não por possuir alguma virtude excepcional ou algum valor sublime, tampouco por expressar algum dogma absoluto em que a maioria consistiria num axioma fundamental da democracia.[242] Ou seja, a maioria não é dotada de uma aptidão visionária fenomenal que lhe outorgue o acesso à verdade.

Conforme já apontado, numa democracia representativa, o poder conferido à – e pela – maioria constrange a todos, inclusive às minorias suprimidas do polo deliberativo. Por conseguinte, a vontade da maioria triunfa sobre a das minorias,

---

[239] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[240] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.
[241] BAPTISTA, *op. cit.*.
[242] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.

a despeito de ser sensata ou insana. Aliás, de acordo com a observação radical de BAPTISTA[243]:

> [...] Pode-se ir mais a fundo: se o desejo da maioria for exterminar uma minoria qualquer da comunidade social, terá poderes legítimos para executar essa ação, sem violar a lei positiva, porque é a própria maioria, na democracia indireta, por meio de seus representantes eleitos, que elabora e altera essas leis e a própria Constituição.

Em que pese os episódios de silenciamento opressivo não ocorram de maneira flagrante como acima sugerido – e justamente por se desenrolarem num nível mais sutil –, as minorias são constante e democraticamente mantidas no ostracismo, cujas vozes são preteridas nas decisões que envolvem interesses conflitantes e suas aspirações remanescem desprovidas de qualquer tutela.[244]

Diante o exposto, a democracia contemporânea deve se afastar da concepção que a trata enquanto mero sinônimo de vontade da maioria sem qualquer ressalva aos direitos das minorias.[245] Nesse ponto, segundo bem ilustra MAZZILLI[246]:

> Entre os direitos básicos das minorias, estão o de poderem existir, o de poderem dissentir e exprimir sua dissensão, o de verem-se representadas nas decisões que interessem a toda a sociedade, o direito de fiscalizarem de maneira efetiva a maioria, e o de, eventualmente, um dia tornarem-se maioria. Enfim, têm o direito de não se verem discriminadas.

Percebe-se, então, conforme sustentam OLIVEIRA e ALVES[247], que:

> [...] a democracia não pode ser observada enquanto conceito estático e imutável, perfeito e completo, mas pelo contrário, é conceito dinâmico e em constante evolução. É, ainda, conceito histórico, que se enriquece a cada etapa do envolver social, não tratando de mero conceito político, mas de processo de afirmação do povo e de garantia de direitos fundamentais conquistados no decorrer da história.

Analisada sob uma ótica formal ou estrita, a democracia representa "um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem

---

[243] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[244] *Ibidem*.
[245] MAZZILLI, Hugo Nigro. O direito das minorias. **São Paulo**, 2007.
[246] *Ibidem*.
[247] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.

a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo”[248]. Em contrapartida, em sentido substancial ou amplo, a democracia se cuida de um ambiente e uma ordem constitucional que se respaldam no reconhecimento e na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A fim de decifrar esse ambiente em que se desenrolam as atividades sociais, políticas e econômicas, MALUF[249] se serve das lições de Charles Merrian e elenca enquanto seus pressupostos cruciais:

> [...] 1º) a dignidade do homem e a importância de se lhe dispensar tratamento fraternal, não discriminativo; 2º) a perfectibilidade do homem e a confiança nas suas possibilidades latentes, em contraposição à doutrina de castas rígidas, classes e escravidão; 3º) as conquistas da civilização consideradas como conquistas das massas; 4º) a confiança no valor da aquiescência dos governados, cristalizada em formas institucionais, como o fundamento da ordem, da liberdade e da justiça; 5º) a legitimidade das decisões tomadas por processos racionais, com o consenso de todos e refletindo normalmente resultados de debates livres e tolerante, em lugar da violência e brutalidade. [...]

Embora não se possa recusar que ela reflete um regime político no qual o poder repousa na vontade popular, a democracia também não deve ser assimilada como um valor-fim, mas encarada enquanto “meio e instrumento de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem” [250], cuja historicidade destes a rodeia na mesma medida, aprimorando o seu conteúdo em cada estágio da transformação e evolução social. A democracia, assim, opera como um meio para que o Estado logre atingir a sua finalidade, que, por sua vez, deve corresponder com os desígnios da sociedade civil que o estruturou e em função da qual ele existe.

Com efeito, o fim estatal não é meramente executar a democracia. Ao Estado se incumbe uma utilidade imediata, consubstanciada na manutenção da ordem sócio-ético-jurídica, e um propósito mediato, “que é o de estabelecer, para todos, indistintamente, condições propícias tendentes à realização dos imperativos naturais da pessoa humana”[251]. Logo, considerando que a vocação maior do Estado

---

[248] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[249] *Ibidem*.
[250] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 127 e 128.
[251] MALUF, *op. cit.*.

consiste em estar à serventia da pessoa humana[252], a adoção do governo democrático deve se pautar na sua correlação mais benéfica entre a democracia e os direitos fundamentais.[253]

Os direitos fundamentais constituem preceitos jurídicos, intrinsicamente vinculados às noções de dignidade da pessoa humana e de refreamento do poder público, "positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico"[254]. Outrossim, pela alusão que fazem aos atributos naturais da pessoa, tais como a vida, a liberdade e a segurança individual, os direitos fundamentais se estendem a todos os homens, sem qualquer sorte de discriminações.[255]

Cumpre, aqui, fazer um sintético recorte para esclarecer o traço divisor entre as locuções direitos fundamentais e direitos humanos. O enunciado direitos humanos, ou direitos do homem, é destinado "para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem"[256] e concerne a direitos pleiteados em bases jusnaturalistas, dotados de caráter filosófico e que não contam, enquanto característica primordial, com a positivação em um ordenamento jurídico particular. Outrossim, em virtude de sua índole universalista – e, portanto, supranacional – a expressão direitos humanos também se refere às pretensões de respeito ao indivíduo contidas em diplomas e declarações de direito internacional.

Já a locução direitos fundamentais se refere às prerrogativas básicas das pessoas inscritas nos documentos normativos de cada Estado. Quer dizer, remete-se à "direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra"[257]. Dessa maneira, os direitos fundamentais podem ser relativos, quando competirem às manifestações do indivíduo no corpo social, cabendo

---

[252] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[253] OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.
[254] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.
[255] MALUF, *op. cit.*.
[256] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[257] *Ibidem*.

a mitigação se porventura colidirem com outros valores de ordem constitucional, e absolutos, quando afetarem os direitos ínsitos da pessoa humana, os quais, por seu próprio cunho, não são suscetíveis de controle estatal.[258]

Sem embargo da especificação conceitual de cada qual, "não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si"[259]. Ao contrário, existe uma interação recíproca entre ambos. Ao passo que os direitos humanos supranacionais não raro se amparam na matriz dos direitos fundamentais outorgados pelos Estados, estes muitas vezes albergam em seu catálogo os direitos humanos consagrados em documentos internacionais.

Superada tal matéria e regressando ao tema em análise, apesar do seu mérito em cotejo com outros regimes, a democracia não se desvencilha de exprimir mais uma manifestação de poder, "fenômeno que, em uma ótica constitucionalista, deve ser contido e limitado na medida do necessário em determinados contextos e circunstâncias"[260]. Destarte, a existência de um conjunto de direitos fundamentais constitucionalmente garantido e reforçado – e, assim, preservado a salvo de maiorias ocasionais –, pode configurar a única e efetiva proteção das minorias vencidas perante as manobras majoritárias.

Os direitos fundamentais consolidam um acervo de restrições ao poder, embora pretensamente democrático, estabelecendo imunidades, prerrogativas e faculdades em benefício de todos os indivíduos, inclusive daqueles derrotados nos eivados processos eletivos e deliberativos conduzidos pela regra da maioria. Assim, os direitos fundamentais atuam enquanto valorosos e indispensáveis corretivos das deficiências das instituições democráticas.

Dito isso, o Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional Democrático ostenta, como seus traços eminentes, a garantia jurisdicional da supremacia material e formal da Constituição, a persecução pela efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação do conceito de democracia. O zelo com a primazia da Constituição e com o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais podem ser extraídos do extenso elenco de ações constitucionais

---

[258] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[259] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[260] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.

consagrado na Constituição Federal, com ênfase naqueles instrumentos de controle e combate das omissões inconstitucionais. O alargamento da ideia de democracia para uma dimensão substancial – superando seu significado formal: participação popular, vontade da maioria, eleições periódicas e alternância no poder – deriva do reconhecimento do comando normativo e vinculante dos direitos fundamentais, cuja serventia deve ser experimentada por todos, inclusive pelas minorias em face da vontade popular.[261]

É confiada à Constituição, mediante sua rigidez e seu arcabouço de direitos fundamentais, relevante tarefa a ser desempenhada em qualquer democracia, atinente a "operar como um sistema de frenagem e controle dos mecanismos representativos majoritários, reduzindo significativamente os riscos de danos a todos os indivíduos"[262] – quer maioria quer minorias, mas especialmente as últimas – em aspectos máximos da vida. Desse modo, numa democracia constitucional convivem, simultaneamente, a subordinação às regras do manejo político democrático e "a observância das regras que estabelecem o âmbito do democraticamente decidível e do indecidível"[263] – bem como do que não pode sobejar sem decisão.

De mais a mais, repara-se que a trilogia de valores disseminada pela Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – também nutre estreitos laços com uma democracia constitucional[264], de maneira que sua pertinência com a ordem jurídica brasileira é, inclusive, ratificada já no texto preambular[265] da Constituição Federal.

---

[261] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 355.

[262] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.

[263] *Ibidem*.

[264] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

[265] Preâmbulo da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a **liberdade**, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a **igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade **fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifos meus) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

A liberdade não deve ficar circunscrita à compreensão de recusa e resistência à opressão[266], mas ser proclamada atendendo à "perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades"[267]. Com efeito, a liberdade remete à autodeterminação do indivíduo para definir as próprias escolhas existenciais sem intromissões externas descabidas, bem como à expectativa concreta de efetivar essas escolhas. Quer dizer, a liberdade abrange tanto uma dimensão negativa como uma dimensão positiva. Ao passo que a primeira é retratada pela ausência de entraves[268], impedimentos ou constrangimentos e se consolida num cenário em que o sujeito tem a possibilidade de atuar sem ser tolhido pelos outros[269], a última é expressada pela presença de condições que concedam a efetiva consumação da vontade de cada um[270] e se firma na faculdade do indivíduo em conduzir seu próprio querer sem estar vinculado às pretensões alheias[271].

Também é perceptível na ideia de liberdade um prisma público, o qual consiste na prerrogativa do sujeito de participar da vida política, exercendo o direito de voto e se manifestando, e um viés privado, que se refere à autonomia das decisões individuais[272], cuja proteção tem por escopo outorgar ao indivíduo o direito de designar, com independência, o seu respectivo destino, deliberando o que toca ao seu desenvolvimento humano.[273]

Na esfera filosófica, a autonomia se conjuga com a justificativa do livre-arbítrio dos indivíduos, permitindo a toda pessoa ajustar as regras que vão nortear a sua vida, de acordo com os valores, interesses e desejos de cada um. Já na alçada jurídica, a autonomia reflete o núcleo essencial da liberdade, que confere a possibilidade de fazer tudo aquilo que não seja proscrito pela lei. Logo, a liberdade

---

[266] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[267] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[268] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[269] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 503.
[270] BARROSO, *op. cit.*.
[271] NOVELINO, *op. cit.*,. p. 503.
[272] BARROSO, *op. cit.*.
[273] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.

pode ser legitimamente moderada por forças exteriores, tais como um ato do Poder Legislativo.[274]

Todavia, ainda no âmbito jurídico, a autonomia, enquanto expressão da dignidade humana, coincide com a parcela da liberdade que não pode ser despojada por interferências estatais ou sociais. Cuida-se do campo das escolhas existenciais básicas de uma pessoa[275], ou seja, da "faculdade de o homem indicar a si mesmo os caminhos a serem seguidos"[276] na luta pela satisfação de suas necessidades.

Como já dito, a liberdade constitui o poder de atuação da pessoa humana à procura de sua realização individual, ou seja, a oportunidade de coordenação consciente de meios imprescindíveis à concretização da felicidade pessoal. E, conforme indica SILVA[277], tal concepção abarca:

> [...] todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à ideia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios é contrário à liberdade.

As liberdades públicas constituem as principais garantias para cultivar uma democracia, na qual os direitos individuais são priorizados em detrimento do Estado. Nesse aspecto, BOBBIO[278] expõe a reciprocidade existente entre liberdade e democracia:

> [...] estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

---

[274] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[275] *Ibidem*.
[276] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
[277] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 235.
[278] BOBBIO, Norberto *apud* BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

Desse modo, o Estado Democrático se justifica como expediente para que as liberdades sejam guarnecidas e fomentadas, inclusive por meio de ações que visem garantir maior igualdade entre todos e prevenir que as liberdades se tornem meramente formais.[279] Por sua vez, a liberdade se trata de uma condição precípua para o regime democrático – protegendo o indivíduo de um poder arbitrário e ilimitado –, todavia se revela insuficiente.[280]

Emerge, então, um valor que possui acentuada imbricação com a liberdade, a saber: a igualdade. De fato, a liberdade e a igualdade compõem um dueto vital ao sistema, na medida em que "a liberdade deve ser concretizada da forma mais igualitária possível, e os movimentos de igualização não podem implicar o desprezo à liberdade"[281]. Ademais, segundo a exortação aristotélica, "toda democracia se funda no direito de igualdade, e tanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade"[282].

A igualdade confere a todos os indivíduos o direito de idêntico tratamento pela lei, em conformidade com preceitos albergados pela ordem jurídica.[283] Ainda, como qualidade intrínseca de toda e qualquer pessoa, a igualdade exige que todos sejam tratados com o mesmo respeito e consideração e, portanto, revela-se como instrumento que distribui de modo universal a obrigação de respeitar outrem.[284] Tal obrigação consiste em alicerce da dignidade da pessoa humana, materializando-se juridicamente por meio "dos mandamentos constitucionais de não discriminação, de tolerância, de respeito às diferenças e de combate ao preconceito e ao racismo"[285].

O princípio da igualdade é dotado de tríplice tarefa limitante dirigida ao legislador, ao intérprete e ao particular. O legislador, exercendo seu encargo constitucional de edição normativa, não pode se afastar do princípio da igualdade,

---

[279] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[280] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[281] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[282] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 131.
[283] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.
[284] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 475.
[285] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.

criando diferenciações arbitrárias, abusivas e despidas de qualquer intento lícito.[286] Oportuno frisar, todavia, que não se proíbe o tratamento diferenciado em si, mas a abordagem discriminatória carente de uma motivação constitucionalmente aceitável.[287] Consoante MORAES[288], portanto:

> A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente, por isso, uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos.

Efetivamente, existe a vedação à discriminação negativa, consistente no tratamento diferenciado com a finalidade de ser nocivo. O que se busca sufocar veemente "é a discriminação para o mal, que desrespeita o outro, que prejudica por preconceito, que retira vantagens sem motivos plausíveis, que desconsidera o próximo pela simples vontade de menosprezar"[289].

Noutro giro, há o incentivo à discriminação positiva, a qual se traduz na obrigação constitucional destinada ao Estado de implementar medidas palpáveis em favor de indivíduos em situação de desvantagem, a fim de propiciar que concorram e usufruam dos benefícios sociais em igualdades de condições com as demais pessoas. Nada mais é do que "a discriminação para o bem, que procura ajudar o semelhante, tratando-o desigualmente para dar-lhe iguais oportunidades, pensando em melhorar as condições de vida daquele que precisa de auxílio"[290]. As distinções afirmativas se projetam em prol não dos indivíduos considerados isoladamente, mas dos grupos de que fazem parte e se justificam por seu propósito, que não é desigualar

---

[286] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.
[287] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.
[288] MORAES, *op. cit.*.
[289] MARMELSTEIN, *op. cit.*.
[290] *Ibidem*.

e sim igualar reparando tratamentos discriminatórios – e, portanto, prejudiciais – vigorantes na sociedade.[291]

À vista disso, a igualdade pode ser contemplada enquanto um valor paradoxal. Ao passo que, quando apreciada pela perspectiva jurídica, pretende impedir tratamentos diversos para situações essencialmente iguais ou o oposto sem uma motivação legítima, mirada sob um enfoque fático, o qual visa reduzir as desigualdades no plano material, demanda justamente um tratamento jurídico dessemelhante.[292] Em outros termos, a igualdade não se resume à vedação de exclusão, mas também constitui a obrigação de inclusão.[293]

Então, pondera-se como realmente democrático não o sistema que tão somente sanciona juridicamente direitos e liberdades políticos, mas aquele que enseja a satisfação de uma multidão de pré-condições, de maneira que o povo, por meio de suas necessidades mais urgentes saciadas, possa exercer – com consciência e segurança, livre de qualquer embaraço – os seus direitos políticos, haja vista que a privação costuma significar o mais danoso óbice a uma verdadeira democracia.[294] Logo, a figura do Estado-Providência se torna fundamental a fim de compensar os desequilíbrios sociais e propiciar um grau de igualdade que se concilie com o regime democrático, pois, na sua falta, as massas ficam sujeitas à manipulação e a democracia se converte num conceito vazio.[295]

Quando destinado ao intérprete, o princípio da igualdade desautoriza a aplicação das leis e dos atos normativos aos casos concretos de maneira a causar ou recrudescer desigualdades arbitrárias.[296] É proibida, aqui, a adoção de comportamentos preconceituosos por parte dos operadores do direito na concretização da lei.[297]

---

[291] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão digital.
[292] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 477.
[293] SARMENTO, Daniel *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.
[294] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.
[295] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[296] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.
[297] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.

Já o particular não pode “pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor”[298]. Consagra-se o direito de cada um ser tratado com igualdade no tocante à sua identidade cultural, mesmo que seja distanciada dos padrões sociais hegemônicos. Ora, existe um único indivíduo: o ser humano; e o direito à diferença lhe atribui a idêntica consideração que merece em relação aos demais, independentemente de sua etnia, seu gênero, sua orientação sexual ou qualquer outro traço acessório.[299]

Nessa toada, é manifesto que um discurso lastreado na homogeneidade se revela apático com relação às minorias, pois não compreende as diversidades culturais de múltiplos grupos e a necessidade de afirmação dessas identidades. A igualdade, enquanto expressão de reconhecimento, se destina a rechaçar uma injustiça de caráter cultural ou simbólico, advinda de modelos sociais de representação impostos que recusam o diferente, não o reconhecem e, até mesmo, o desprezam. A luta pró reconhecimento, então, não objetiva conceder a todos as mesmas condições e eliminar os fatores de divergência, mas superar estereótipos desdenhosos e enaltecer a diversidade, abandonando a incorporação compulsória de modelos culturais dominantes.

Depreende-se, pois, que, ao invés de um contraste, existe uma conexão entre igualdade e diferença, uma vez toda e qualquer pessoa tem o direito a ser igual quando a diferença lhe inferiorizar e o direito a ser diferente quando a igualdade lhe descaracterizar. Porque é assim, segundo ROTHENBURG[300]:

> [...] a igualdade pode, enfim, significar diferenciação. O que importa é a construção da identidade, tão emancipada e autônoma quanto possível, para, a partir desse reconhecimento, estabelecer a igualdade. Do contrário, a imposição da equiparação representaria um nivelamento descaracterizador e opressivo e tenderia a ocultar e perpetuar as desigualdades inferiorizantes. Pode-se opor, assim, a diferença como algo bom e digno de promoção à desigualdade, como algo mau, a ser combatido.

---

[298] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.

[299] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.

[300] ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

Finalmente, a fraternidade também traduz, afora o aspecto humanista, o respeito ao próximo, o que, na teoria democrática, representa as premissas da tolerância e da abertura.[301] É evidente que o caráter pluralista da sociedade hodierna prescreve o amplo tratamento deferencial que deve ser dispensado em relação à diversidade de seus membros e demanda o reconhecimento e a tutela das múltiplas liberdades, como a de opinião, de credo e de orientação sexual, dentre tantas outras.[302]

Nessa seara, o multiculturalismo se trata de um fenômeno que agrega valores à experiência coletiva, na medida em que persegue a manutenção da harmonia jurídica e social em face da diversidade cultural, a qual, por sua vez, consiste no seu preceito primário de defesa e proteção. Uma sociedade multicultural reclama a transição de uma cultura homogênea para culturas e se dispõe à inclusão dos excluídos. Reconhecer as minorias, bem como proteger e evidenciar os seus direitos, integra o processo de efetivação de comunidades assentadas no multiculturalismo, que resguardam a convivência urbana e pacífica entre os inúmeros grupos sociais e garantem espaço para a preservação da diversidade e da diferença.[303]

Uma identidade comunitária é gerada mediante a salvaguarda dos direitos de liberdade e de igualdade e se ampara no mútuo respeito, repelindo quaisquer exclusões ou intolerâncias em desfavor das inúmeras identidades que compõe o corpo social. [304] A noção de uma sociedade pluralista se coaduna inevitavelmente com o respeito ao indivíduo e sua liberdade, “em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas”[305]. Quer dizer, uma comunidade plural é compatível com as ideias de diversidade e alteridade, dado que inexiste o pluralismo sem o respeito à diferença, à natureza contrastante do outro.[306]

---

[301] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[302] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 365.
[303] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.
[304] NOVELINO, *op. cit.*, p. 368.
[305] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 131.
[306] NOVELINO, *op. cit.*, p. 368.

Portanto, uma democracia pluralista e multicultural concerne a uma comunidade conflitiva e de interesses antagônicos que deve se socorrer no valor do solidarismo enquanto ferramenta para superar eventuais discordâncias.[307] E é justamente a partir desse postulado que se constata uma guarida aos grupos minoritários, porquanto "a maioria aceita a existência das minorias, diverge, mas respeita suas vontades e propicia uma abertura política para elas se manifestarem e participarem do poder decisional"[308].

Com efeito, nota-se que uma genuína percepção da democracia envolve o reconhecimento institucional da maior pluralidade possível, sem perder de vista a interdependência entre unidade e diversidade. Outrossim, a redução das desigualdades e a tolerância ao dissenso se revelam tão significativas e imperativas quanto as garantias das liberdades fundamentais.[309]

À vista disso, conforme arremata SILVA[310]:

> A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.

Desse modo, reiterando, a democracia deve se desviar do conceito pouco exigente de governo da maioria e supri-lo por outro, qual seja, governo por meio da maioria, mas em prol do bem comum[311], dado que somente uma situação de bem-estar geral garante pleno desenvolvimento da pessoa humana.[312] E para a

---

[307] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 369.
[308] BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.
[309] *Ibidem*.
[310] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 121 e 122.
[311] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.
[312] SILVA, *op. cit.*, p. 121 e 122.

persecução do bem de todos, mediante os institutos de uma democracia representativa majoritária, tornam-se impreteríveis os "mecanismos de correção de eventuais desvios, consistentes em restrições à própria democracia por uma Constituição"[313] – leia-se, os direitos fundamentais, que, enquanto normas indeléveis de uma ordem jurídica, asseguram "o mínimo de segurança para que um sistema democrático opere como verdadeira democracia, e não como arbítrio e abuso em nome da maioria, contra uma minoria impotente e desprotegida"[314].

2.3 Das Políticas Públicas em prol das Minorias

A ordem jurídica do Estado Democrático de Direito não deve ser entendida apenas como aquela formalmente esboçada pelos órgãos legislativos, mas antes como um sistema que é normativamente organizado e provido de um conteúdo substantivo determinado. Nessa seara, a concepção de um Estado Democrático de Direito se atrela a um Estado de Justiça, a qual, segundo CLÉVE[315], não pode ser:

> [...] subjetiva e arbitrariamente orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim [...] uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição. [...]

Logo, considerando que a principal tarefa estatal democrática consiste em instaurar um regime que desempenhe a justiça social, superando as desigualdades nos mais diversos níveis[316], a ordenação do Estado Democrático de Direito deve ser rigorosamente justa.[317]

Ademais, a Constituição dirigente de 1988 não subsiste apenas enquanto um estatuto e sim como uma diretriz a ser concretamente observada e cumprida.[318] Ao estabelecer um projeto de Estado, a Constituição está a serviço da dilatação das atribuições estatais, incorporando, dentre outras, finalidades "sociais

---

[313] SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 17, n. 26, 2013.
[314] *Ibidem*.
[315] CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2022. Versão digital.
[316] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 121 e 122.
[317] CLÈVE, *op. cit.*.
[318] BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Argumenta Journal Law**, v. 11, n. 11, p. 95-110, 2009.

vinculantes das várias instâncias de regulação jurídica”[319]. Ou seja, a política não consiste num campo desassociado das normas constitucionais. Longe disso, existe uma vertente político-constitucional permanente que fixa fronteiras para um itinerário político-governamental provisório. O conteúdo dos enunciados normativos sufragados pelo poder constituinte pátrio é destinado à produção de um ordenamento jurídico justo e se manifesta por meio das regras e princípios consagrados no texto constitucional, tais como a democracia, a segurança, a igualdade e a justiça social, que devem ser conjugados em redor dos direitos fundamentais.[320]

A Constituição Federal também define vários objetivos fundamentais[321] a serem perseguidos pelas autoridades constituídas aspirando o desenvolvimento da nação brasileira, cujo rol não é taxativo, mas se trata do elenco de algumas macro finalidades que devem ser buscadas.[322] É justamente ao Estado, mediante seu poder de regulação e intervenção social, sua organização e sua estrutura, que compete em especial “o dever de usar de todos os meios legais e necessários para a construção de uma sociedade livre de preconceitos e discriminações e torná-la justa, livre e solidária”[323].

Nesse aspecto, a reserva de justiça plasmada na Constituição onera a todos os órgãos constitucionais e existe nela “um núcleo duro que aponta para a igualdade, inclusive fática, simultaneamente direito, princípio e objetivo, enquanto critério para o escrutínio da justiça das posições sociais”[324]. Desse modo, os poderes públicos têm a obrigação de recorrer aos expedientes que promovam condições de igualdade efetiva a todas as pessoas e, para tanto, conforme MORAES[325]:

---

[319] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[320] CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2022. Versão digital.
[321] Artigo 3º da **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 set. 2022.
[322] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.
[323] ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011.
[324] CLÈVE, *op. cit.*.
[325] MORAES, *op. cit.*.

> [...] deve existir uma política legislativa e administrativa que não pode contentar-se com a pura igualdade legal, adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais.

Conforme se percebe, tal mandado demanda a existência de instituições e normas que impulsionem a igualdade real, ou seja, políticas sociais voltadas ao equilíbrio.[326] Então, haja vista que a inércia estatal em nada contribui para a mitigação das desigualdades[327], o compromisso que se preconiza é suplantar as funções clássicas do Estado de proteção e repressão, empregando uma técnica original de controle social: a promocional.[328]

Nesse cenário, "as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal"[329] e são deflagradas em face de problemas sociais. Outrossim, nota-se que o intuito das políticas públicas não se trata de fixar objetivos, mas realizá-los. Os fins a serem alcançados pelo Estado brasileiro são aprazados na Constituição Federal, de maneira que todo e qualquer ato público praticado que desatenda aos objetivos fundamentais, "sobretudo pela proteção deficiente (inatividade, desatenção evidente ou grosseira, retrocesso social, dentre outras), incorrerá em abuso ou desvio de poder"[330].

No domínio da produção legislativa as políticas públicas dizem respeito aos sistemas normativos com ampla pretensão, definindo princípios, diretrizes e regras e correlacionando as obrigações constitucionais com os respectivos entes federativos. Todavia, nada obstante a relevância da legislação nesse sentido, "a mera edição de um diploma legal não garante que o Estado praticará qualquer ação concreta para implementá-lo"[331].

---

[326] CLÈVE, Clèmerson. Direito constitucional brasileiro: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. Versão digital.
[327] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.
[328] LEAL, Ana Cristina Darwich Borges *et. al.* **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém/PA: CESUPA, 2013. Versão digital.
[329] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Versão digital.
[330] LEAL, *op. cit.*.
[331] FONTE, *op. cit.*.

Cumpre salientar, também, que as políticas públicas ultrapassam a noção de mera prestação de serviço público[332], pois têm por escopo a justiça social de fato e decorrem de ações governamentais inclinadas à concretização de direitos realmente inclusivos, embasados no valor da fraternidade e no pacto entre iguais. [333] Tais pressupostos aproximam as políticas públicas da vocação a elas conferida pelos órgãos jurisdicionais, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões, cujo desenho das medidas "deve ficar ordinariamente a cargo do processo político, dando-se a intervenção judicial apenas em caráter excepcional"[334].

Isto é, as políticas públicas se referem às atividades e programas, dos quais a implementação e a manutenção são de responsabilidade do Estado, que envolvem diferentes organismos e agentes da comunidade, "dentro de um processo coordenado de ação administrativa voltada a satisfazer os direitos básicos de todas as pessoas, a fim de garantir e defender a dignidade humana" [335].

A dignidade da pessoa humana constitui "um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem"[336]. A ideia de dignidade pressupõe a existência de condições materiais – sociais, econômicas, culturais e políticas – que concedam a cada indivíduo o exercício dos seus direitos de maneira livre e esclarecida, que propiciem o florescimento da humanidade e "nas quais o respeito encontrado pela vida de cada um permita o cultivo do respeito pela vida do outro"[337].

Nos dizeres de MORAES[338]:

> A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que,

---

[332] BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Argumenta Journal Law**, v. 11, n. 11, p. 95-110, 2009.
[333] FRIZZO, Djulia; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS ÉTNICAS E SOCIAIS. **Salão do Conhecimento**, 2015.
[334] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Versão digital.
[335] FRIZZO; ZEIFERT, *op. cit.*.
[336] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 121 e 122.
[337] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[338] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021. Versão digital.

> somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercícios dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Destarte, o respeito à dignidade da pessoa humana consiste no elemento propulsor de uma ordem constitucional e implica "o amplo acolhimento da diversidade contida no interior da semântica do que seja a 'pessoa humana'"[339]. A dignidade é respeitada "quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade com os seus semelhantes"[340].

Ao se interpretar a pessoa à luz de um contexto concreto é possível desvendar a "demanda específica por justiça que protege a dignidade não do homem, como gênero, mas de cada indivíduo"[341] singularmente considerado. Embora inserido no corpo social, o indivíduo preserva sua identidade existencial. Apesar de ser indivíduo, não se pode rejeitar que inexiste individualidade sem coletividade. E é dessa tensão que se sustenta todo debate acerca da tarefa constitucional num cenário democrático. Com efeito, a noção de dignidade permite abrigar "uma multiplicidade colorida de formas e expressões do que seja humano"[342], sem perder de vista que, embora sejam diferentes entre si, todas as pessoas possuem o dever comum de respeito à alteridade, pertencem à uma mesma comunidade e ali fruem de direitos, cada qual na medida de sua particular condição.

No entanto, o processo histórico de construção da humanidade resultou em desigualdades sociais latentes, apartando contingentes às margens da sociedade, desamparados pelo Estado, distantes dos direitos apregoados nos diplomas legais e, portanto, alheios ao mínimo de dignidade.[343] O homem tem uma propensão natural em tornar seu próximo cativo ou, ao menos, fiel adepto de suas ideologias. A sobreposição do mais forte sobre o mais fraco consiste, portanto, num

---

[339] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[340] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.
[341] BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, *op. cit.*.
[342] *Ibidem*.
[343] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

fenômeno comum, em virtude da inquietude humana na busca de resultados que lhe pareçam mais satisfatórios. O fascínio germinado pelo poder se presta a refinar o ego e o egoísmo, sustentáculos da ignorância e combustíveis da dominação.[344]

Nessa lógica, a trajetória da sociedade brasileira, desde a ocupação lusitana, pautou-se em flagrante violação aos direitos de diversas classes de indivíduos sempre em prol das camadas dominantes, cujo povo ainda está confinado em convicções discriminatórias que transtornam o desenvolvimento social rumo à igualdade substancial.[345]

Desse modo, tendo em vista o arcabouço histórico de segregação social das minorias e a insuficiência da norma positivada na proteção desses grupos, verifica-se a necessidade e a utilidade da implantação de políticas públicas.[346] Daí o relevo de tais medidas especiais, pois delineiam a inserção das parcelas minoritárias na comunidade, resgatando a dignidade dessas pessoas[347], de modo que ela alcance todo e qualquer indivíduo.[348]

De fato, as políticas públicas se tornam determinantes para que o Estado não recuse "a responsabilidade cívica e a obrigação ética na formação de cidadãos capazes de atuar na sociedade"[349]. Constata-se, assim, que essas providências alvejam o bem comum e, conforme instrui CECCHIN[350]:

> [...] Nada mais são do que discriminações positivas autorizadas pelo Estado, contrapondo-se às discriminações negativas, perpetradas pela conduta omissiva ou comissiva do ser humano, com o intuito de desfavorecimento pessoal do indivíduo que considera inferior.

Oportuno pontuar, ademais, que as políticas públicas não tendem a privilegiar as minorias, mas tão somente reequilibrá-las perante uma sociedade que durante um prolongado período as rejeitou e excluiu[351]. Tais ações, então, respondem

---

[344] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.
[345] ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011.
[346] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.
[347] CECCHIN, *op. cit.*.
[348] FRIZZO, Djulia; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS ÉTNICAS E SOCIAIS. **Salão do Conhecimento**, 2015.
[349] BUENO, Mariza Schuster. DIREITO DAS MINORIAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 1, p. 184-206, 2007.
[350] CECCHIN, *op. cit.*.
[351] ANGELIN; MARCO, *op. cit.*.

à exigência de promoção da justiça social em proveito dos diversos grupos que experimentaram – e ainda suportam – a supressão de inúmeras oportunidades e prerrogativas em face das classes dominantes.[352]

A Constituição Federal, de imediato, no preâmbulo demonstrou preocupação com o preconceito enfrentado pelas minorias e reforçou esse entendimento ao estabelecer os objetivos fundamentais da República do Brasil, ali impondo uma postura estatal ativa e interessada em transformar o panorama social. Ademais, a leitura do artigo 3º da Constituição deve ser conjugada com seu artigo 5º, permitindo, assim, o tratamento discriminatório positivo aos grupos minoritários. Isso porque a interpretação dos direitos fundamentais deve se comunicar com os demais dispositivos constitucionais, notadamente aqueles que demandam a observância da justiça social.[353]

Por conseguinte, de acordo com BUENO[354], vê-se que:

> [...] O Estado Democrático de Direito se efetivará na medida em que forem adotadas políticas que levam à diminuição das injustiças sociais, das diferentes formas de exclusão e de violações reiteradas aos direitos fundamentais.

As políticas de discriminação positiva pretendem não apenas coibir as mais variadas manifestações de intolerância – resquícios de uma época definida por condutas hostis dispensadas a parcelas específicas da comunidade –, mas "também eliminar os efeitos sociológicos e culturais resultantes de uma trajetória histórica marcada pela desigualdade"[355], reparando as atrocidades consumadas pelos grupos dominantes em detrimento dos dominados[356]. Por isso, o Estado, ao implementar essa reparação, deve refrear as ambições das camadas opressoras e visar tão somente o reequilíbrio social, de maneira que as classes até então oprimidas possam usufruir de todo aparelho estatal para seu pleno desenvolvimento.[357]

---

[352] ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011.
[353] *Ibidem*.
[354] BUENO, Mariza Schuster. DIREITO DAS MINORIAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 1, p. 184-206, 2007.
[355] *Ibidem*.
[356] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.
[357] ALMEIDA; TEIXEIRA, *op. cit.*.

Os comandos constitucionais de igualdade material e justiça social revelam o maior apreço pela singularidade de cada indivíduo e neles repousa a expectativa de congregar verdadeiramente os grupos minoritários na comunidade. Em contrapartida, aqueles que rompem com o modelo hegemônico heteronormativo são constantemente expostos à intolerância, ao preconceito e à discriminação, vale dizer, à homofobia.[358]

O imperativo heterossexual se alastra dia a dia em face das outras expressões, conferindo um valor privilegiado à heterossexualidade ao passo que alberga nas demais sexualidades um cunho negativo. Nesse contexto, a desqualificação a que os sujeitos heterodiscordantes ficam sujeitos pode ocorrer em eixos que, embora distintos, se filiam entre si. São eles: a exploração, representada pela desigualdade de condições que possibilita a um grupo específico se aproveitar direta ou indiretamente de outros; o desempoderamento, traduzido pelo integral ou parcial descumprimento de direitos essenciais; a violência sistêmica, que é a exteriorização do preconceito e compreende desde comportamentos reconhecidamente abjetos, como a agressão física e o homicídio, até condutas mais sutis, como a ridicularização por meio de piadas estereotipadas e depreciativas; o imperialismo cultural, instigado por uma matriz heteronormativa que caracteriza todas as demais manifestações sexuais como desviantes; e a marginalização, que consiste na sequela terminal de todas as formas de opressão à população LGBTQIA+.[359]

Portanto, as políticas públicas assumem a significativa missão de inclusão social das minorias sexuais, garantindo-lhes o amplo e real exercício de seus direitos fundamentais. Nessa toada, SILVA JUNIOR[360] assevera que:

> [...] a efetivação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra pessoas LGBT e de promoção da cidadania das minorias sexuais é dever de todo Estado que se pretenda Democrático de Direito, como o diz ser o Brasil.

Sob esse enfoque, cita-se o programa Brasil Sem Homofobia, implementado em 2004 num governo federal estruturado no diálogo com a sociedade, almejando “o combate à violência e à discriminação contra a comunidade LGBT e a

---

[358] SILVA JUNIOR, Assis Moreira. As minorias sexuais e as politicas públicas do governo federal: entre avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 1, n. 2, p. 21-54, 2014.
[359] OLIVEIRA JÚNIOR, Isaias Batista de; MAIO, Eliane Rose. Diversidade sexual e homofobia: a cultura do “desagendamento” nas políticas públicas educacionais. **Práxis educativa**, v. 10, n. 1, p. 35-53, 2015.
[360] SILVA JUNIOR, *op. cit.*.

promoção da cidadania dessa comunidade”[361]. A iniciativa, impulsionada pela expressiva e intrépida rede de movimentos LGBTQIA+, representa o novo clico de políticas públicas, denotando a preocupação com a segurança dessas minorias. Consoante aponta ANDRADE[362], as ações do programa consistem no:

> a) apoio a projetos de fortalecimento de instituições públicas e não-governamentais que atuam na promoção da cidadania homossexual e/ou no combate à homofobia;
> b) capacitação de profissionais e representantes do movimento homossexual que atuam na defesa de direitos humanos;
> c) disseminação de informações sobre direitos, de promoção da autoestima homossexual; e
> d) incentivo à denúncia de violações dos direitos humanos do segmento GLTB.

Contudo, é conveniente destacar que as políticas públicas atinentes ao campo da sexualidade são permeadas de entraves peculiares, considerando que “o ponto de partida para sua formulação e implementação é basicamente a necessidade de mudança de crenças, valores e tradições há muito prevalecentes no imaginário coletivo”[363]. Nessa toada, não se pode denegar a influência da religião cristã no retrocesso ou não avanço dos planos e programas voltados à comunidade LGBTQIA+, pois sua doutrina construiu e difundiu um discurso extremamente conservador e repressivo acerca de tudo que contornasse o sexo, o gênero, a reprodução e a família.

Cabe ressaltar, também, que os dispositivos constitucionais que tratam dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro – e também regem as ações governamentais destinadas a cumpri-los – possuem caráter programático[364], ou seja, não podem ser traduzidos em direitos, mas na expectativa destes, uma vez que traçam fins sem explicitar os meios de alcançá-los. Isso pode significar que as políticas públicas se sujeitam à irrestrita discricionariedade estatal, notadamente dos Poderes Executivo e Legislativo, delegando-se desmedida confiança à atuação desses órgãos, o que nem sempre representa a efetividade de tais medidas.[365]

---

[361] ANDRADE, Gabriel Souto de. Políticas públicas LGBT: quais os impactos da política “Brasil sem Homofobia” para a comunidade LGBTQIA+?.
[362] *Ibidem*.
[363] MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Sociedade e Estado**, v. 27, p. 289-312, 2012.
[364] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.
[365] MELLO; AVELAR; MAROJA, *op. cit.*.

Então, a ineficácia do Brasil Sem Homofobia decorreu desses e outros percalços. Um dos impasses diz respeito à "dotação orçamentária insuficiente ou inexistente para o cumprimento das políticas elaboradas" [366]. Outro embaraço se refere à "escassez de leis para assegurar as demandas da comunidade LGBTQIA+"[367], de maneira que as "políticas ficam alheias às mudanças de governo e dos grupos religiosos fundamentalistas"[368], – sujeitas à arbitrária análise de conveniência e oportunidade dos agentes públicos e ao preconceito e à discriminação institucionais – e, por isso, o fortalecimento dessas medidas requer a fixação de um marco legal. Mais um inconveniente pertence ao caráter das políticas ser de governo e não de Estado, afetando a execução do programa com a descontinuidade e fragmentação das ações, ora sim, ora não priorizando as questões das minorias sexuais e de gênero. Em consequência, subsiste a intolerância em desfavor das pessoas LGBTQIA+, cuja invisibilidade persiste para o Estado.

Os direitos e liberdades fundamentais, mormente aqueles tocantes à igualdade, são tratados de modo emblemático na Constituição Federal, nas leis infraconstitucionais e nos tratados e convenções internacionais, com previsão, inclusive, de punição pela sua afronta. Logo, verifica-se que o que falha é a "vontade política para implementar no cotidiano estas garantias já conquistadas formalmente"[369].

Com efeito, a atenção estatal em prol das minorias sexuais não se mostra suficiente.[370] A interferência de uma ótica nacional tradicional e retrógrada, refletida em grande medida no Parlamento brasileiro, corresponde a inequívoco revés à atividade legislativa que assista genuinamente a esses segmentos populacionais, não raro mediante as bancadas religiosas que se organizam deliberada e contrariamente às iniciativas de tolerância e convívio com a diversidade sexual.

De igual modo, a atuação do Executivo se revela bastante insatisfatória. Embora dependa de respaldo constitucional ou legal, a efetiva atividade

---

[366] ANDRADE, Gabriel Souto de. Políticas públicas LGBT: quais os impactos da política "Brasil sem Homofobia" para a comunidade LGBTQIA+?.
[367] *Ibidem*.
[368] *Ibid.*.
[369] BUENO, Mariza Schuster. DIREITO DAS MINORIAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 1, p. 184-206, 2007.
[370] POLEZZE, Rogério Volpatti et al. Políticas públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro. 2015.

administrativa implica em evidentes decisões de feição política, como reconhecer uma situação fática, determinar ou não uma ação diante do cenário concreto e escolher uma ocasião para então agir. Por isso, a agenda governamental sinaliza inflada deficiência, carecendo em demasia do impulso derivado de determinações judiciais para levar a cabo a sua operacionalização. Essa dinâmica, ao mesmo tempo que configura uma reação conveniente e favorável ao público-alvo das políticas públicas, provoca críticas acerca da possibilidade do Poder Judiciário se posicionar ativamente nessa matéria[371], como a violação do princípio de separação dos poderes, a ausência de representatividade dos magistrados – uma vez que não foram eleitos pelo povo – e a judicialização da política.[372]

Todavia, conforme preceitua BONAVIDES[373]:

> [...] embora [...] seja alvo de grandes divergências, especialmente quanto aos seus limites, o fato é que, em certas ocasiões, essa prática [...] tem sido uma resposta diante das (intermináveis) omissões dos demais poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais ou a uma efetiva e necessária proteção a direitos fundamentais.

Não se pode desprezar a pertinência da intervenção judicial no tocante às políticas públicas constitucionalizadas referentes aos direitos fundamentais no desígnio de compelir os órgãos públicos a concretizar tais prerrogativas, quando constatado o inadimplemento.[374] Ora, diante da existência de um direito garantido na Constituição e na legislação infraconstitucional, "a sindicabilidade pelo Judiciário é decorrência natural do dever de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais"[375]. Ademais, é dever de toda e qualquer atividade judicial a primazia pela Constituição Federal, cujo texto é repleto de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, de modo que se revela descabido "o apego ao dogma do positivismo e da completude da legislação"[376].

---

[371] POLEZZE, Rogério Volpatti et al. Políticas públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro. 2015.
[372] BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Argumenta Journal Law**, v. 11, n. 11, p. 95-110, 2009.
[373] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[374] FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Versão digital.
[375] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes *apud* MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Sociedade e Estado**, v. 27, p. 289-312, 2012.
[376] BRITO, *op. cit.*.

No mesmo viés, BONAVIDES[377] observa que:

> [...] em face da inexpressiva efetividade dos direitos fundamentais [...] de cunho prestacional, tem-se demandado da Corte um controle mais rigoroso sobre a definição e implementação de políticas públicas. [...] As maiorias democráticas, escolhidas periodicamente, passam a encontrar limites jurídicos mais rígidos nas Constituições e suas decisões são constantemente contestadas na via judicial. [...]

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário não acarreta a criação ou a inovação de direitos, usurpando uma função reservada à atividade legiferante, mas a tradução do conteúdo – de indiscutível carga valorativa e, por vezes, extremamente vago – da Constituição.[378] Esse fenômeno não consiste em algo inédito e antagônico à ordem jurídica pátria, pois, mediante a atuação jurisdicional, o Estado como um todo se propõe a aplacar a postura apática e omissa dos Poderes Executivo e Legislativo na contramão do que ordenou o poder constituinte. Nesse aspecto, a própria Constituição Federal disciplinou instrumentos para combater a inércia na sua concretização.

---

[377] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.

[378] POLEZZE, Rogério Volpatti et al. Políticas públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro. 2015.

3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO ENQUADRAMENTO DAS PRÁTICAS HOMOTRANSFÓBICAS NA LEI DE RACISMO

3.1 Da Omissão Inconstitucional e do seu Controle pela Via Concentrada

O ordenamento jurídico consiste num sistema, a partir do qual se pressupõe uma unidade.[379] Dentre outros significados que a expressão sistema jurídico pode assumir, interessa aqui aquele que diz respeito à não coexistência de normas incompatíveis.[380] Quanto à ideia de unidade, cabe dela falar "desde que se pressuponha à base do ordenamento uma norma fundamental à qual possam remontar, direta ou indiretamente, todas as normas do ordenamento"[381].

Nesse aspecto, a Constituição ocupa o vértice do sistema jurídico de um Estado, ao qual confere validade e pelo que todos os poderes públicos são legítimos porquanto são reconhecidos por ela e na proporção que ela os distribui.[382] De fato, a Constituição representa a lei suprema de uma nação, haja vista que nela se vislumbra a própria estruturação estatal e a sistematização dos seus órgãos, bem como ali se encontram as normas fundamentais do Estado. Insta, então, valer-se das lições de BOBBIO[383] para sublinhar que:

> A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de editar normas válidas, impõe, de outro, a todos aqueles aos quais as normas constitucionais se dirigem, o dever de obedecer-lhes. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa [...] Pode ser formulada deste modo: "O poder constituinte está autorizado a editar normas obrigatórias para toda a coletividade", ou então: "A coletividade está obrigada a obedecer às normas editadas pelo poder constituinte".

A supremacia da Constituição denota a posição hierárquica mais elevada que ela se encarrega dentro do sistema[384] e decorre da sua rigidez, isto é,

---

[379] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[380] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 84.
[381] *Ibidem*, p. 77.
[382] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 47.
[383] BOBBIO, *op. cit.*, p. 66.
[384] BARROSO, *op. cit.*.

“da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal”[385]. Ora, para que possa exprimir um parâmetro de validade de outros atos normativos, a Constituição demanda um processo de elaboração e mutação diverso e mais complexo daquele voltado a gerar e transformar as normas infraconstitucionais.[386] E justamente devido a essa rígida primazia, a Constituição exige que todas as situações jurídicas se conformem com seus princípios e preceitos[387], ou, dito de outro modo, nenhuma situação jurídica pode perdurar validamente se nela residir a desconformidade com a Constituição.[388]

Outrossim, considerando as noções de sistema e unidade que envolvem a ordem jurídica, cujas partes devem conviver em absoluta harmonia, segundo BARROSO[389]:

> [...] A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante [...] Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada.

É consentâneo ratificar que essa técnica especial estabelecida pela própria Constituição no intuito de combater as inconstitucionalidades se dispõe a resguardar a supremacia constitucional.[390] Nota-se, dessa maneira, que a finalidade do controle de constitucionalidade “é tutelar a ordem constitucional objetiva, purificando o sistema dos atos jurídicos”[391] – e marasmos – inconstitucionais. Isso porque, consoante assevera SILVA[392], a:

> [...] conformidade com os ditames constitucionais, agora não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a Constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional.

---

[385] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 47.
[386] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[387] SILVA, *op. cit.*, p. 48.
[388] BARROSO, *op. cit.*.
[389] *Ibidem*.
[390] SILVA, *op. cit.*, p. 51.
[391] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[392] SILVA, *op. cit.*, p. 48.

Cumpre frisar que a Constituição se trata de uma norma jurídica, cujo atributo é a sua imperatividade.[393] Não é típico de qualquer norma constitucional ou jurídica sugerir ou recomendar, pois as normas contêm comandos. No que tange aos comandos de índole constitucional, a maioria se consubstancia em normas cogentes, quer dizer, em ordens que não podem ter a sua incidência mitigada pela vontade – ou pelo capricho – das partes. Essas normas cogentes contemplam as versões proibitiva e preceptiva, vedando ou impondo determinadas condutas, respectivamente. Destarte, BARROSO[394] reitera que:

> [...] É possível [...] violar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima.

A inconstitucionalidade manifestada por um *non facere* se verifica nos episódios em que não são praticadas as iniciativas legislativas ou executivas reclamadas a fim de tornar plenamente aplicáveis os comandos constitucionais.[395] Também pode ser constatada quando essas indispensáveis medidas são adotadas de maneira exígua[396]. Inúmeras normas constitucionais demandam "uma lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática"[397]. Ou seja, diversos mandamentos da Constituição figuram, ainda, destituídos de eficácia e essa circunstância, diante da inércia daqueles incumbidos de prover a sua concretização, "acarreta descrédito com relação à sua força normativa e, consequentemente, enfraquece o ordenamento constitucional"[398]. Com efeito, suprir as lacunas inconstitucionais de modo que todas as normas da Constituição assumam plena eficácia[399] corresponde a preservar incólume a ordem jurídica do Estado.

---

[393] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[394] *Ibidem.*
[395] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 49
[396] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 230.
[397] SILVA, *op. cit.*, p. 49
[398] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[399] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.

Malgrado a legitimidade passiva do instrumento judicial para combater a omissão inconstitucional normativa possa ser atribuída a ambos os Poderes "responsáveis pela medida necessária para tornar efetiva a norma constitucional" [400], o Legislativo é o principal destinatário desse mecanismo de insurgência. Portanto, os comentários doravante tecidos concernem a inércia legiferante.

A abstenção do Poder Público em cumprir, integral ou parcialmente, o compromisso de legislar prescrito por uma norma constitucional enseja a transgressão da primazia da própria Constituição, promovendo o alarmante fenômeno da erosão da consciência constitucional.[401] A indolência dos destinatários do poder em face dos mandamentos da Constituição "consiste em uma atitude psicológica capaz de conduzir a uma atrofia dessa consciência"[402].

De fato, a inconstitucionalidade por omissão, também denominada síndrome de inefetividade, acomete o âmago da Constituição e a premissa de que seus valores máximos não podem ficar à mercê do arbítrio legislativo[403]. Essa apatia mesquinha do legislador, deixando de dar rigoroso cumprimento aos anseios do texto constitucional dirigente, caracteriza uma moléstia que alveja as prerrogativas do povo brasileiro[404]. No mesmo sentido, MELLO[405] enfatiza que:

> [...] a omissão do Estado qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

Revela-se oportuno, também, colacionar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, por ocasião do

---

[400] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 324
[401] *Ibidem*, p. 230.
[402] *Ibid.*, p. 230.
[403] NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à constituição. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.
[404] *Ibidem*.
[405] MELLO, Celso de *apud* NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 230.

julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26[406], em cuja ementa constou:

> [...] Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade. [...]

Sem embargo, é adequado anotar que a mera inércia legiferante não conduz necessariamente a uma omissão inconstitucional.[407] Não se pode incorrer na confusão entre omissão legislativa e opção legislativa[408]. Via de regra, legislar é uma faculdade do legislador e a decisão de elaborar ou não lei acerca de determinado assunto se inserta no âmbito de sua liberdade de conformação.[409] Todavia, em que pese essa discricionaridade, a abstenção legislativa se torna ilegítima diante de um comando constitucional que requer sua postura ativa. Quando a Constituição compele ao órgão legislativo o encargo de editar uma norma reguladora do teor e alcance de determinado preceito constitucional, a inobservância de tal mandamento se configura inconstitucional. Noutros termos, a inconstitucionalidade por omissão resulta "de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo" [410].

A Constituição não pode ser encarada simplesmente como "uma carta de intenções ou um roteiro com aspirações políticas e programáticas"[411]. Ao contrário, enquanto norma fundamental, a Constituição é dotada de força vinculante, cuja pretensão é promover e garantir os direitos fundamentais, concedendo contínua e absoluta aplicação aos valores nela consagrados.

Nessa perspectiva, BONAVIDES[412] declara que:

---

[406] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[407] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[408] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[409] BARROSO, *op. cit.*.
[410] *Ibidem*.
[411] NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à constituição. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.
[412] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.

> Dada a importância que passaram a assumir, os direitos fundamentais não podiam mais contar com a lei como forma privilegiada de implementação e proteção: antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais. Tais direitos exigiam uma verdadeira Lei Suprema para a sua defesa e essa uma jurisdição para conter os avanços dos órgãos políticos responsáveis pelas decisões majoritárias. [...]

Conforme já explanado no capítulo precedente, mesmo que supostamente por uma via democrática, as instâncias políticas podem forjar um regime de opressão – leia-se, ditadura da maioria –, suprimindo dos grupos minoritários os direitos que também lhes são fundamentais.[413] Dessa maneira, percebe-se que o controle de constitucionalidade, afora seu liame com a supremacia e a rigidez constitucionais, também representa a garantia dos direitos fundamentais sufragados na Constituição, os quais, "além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático de um Estado de Direito"[414].

De igual modo, BARROSO[415] esclarece que:

> Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face de maiorias parlamentares eventuais. Seu pressuposto é a existência de valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados das injunções estritamente políticas. [...]

Nesse aspecto, SOUSA[416] expõe que:

> [...] para que os cidadãos possam exercer um direito individual, não basta que o seu exercício ou gozo se encontrem sancionados pela Constituição, visto os direitos individuais, por mais legítimos que sejam, terem dois limites necessários — o respeito do direito igual dos outros e a ordem pública. O exercício, por isso, dos direitos individuais supõe uma regulamentação pelo Estado sem o qual não passam de uma simples promessa. [...]

Com efeito, a Constituição Federal, para além de organizar e restringir o poder político, "institui direitos consubstanciados em prestações materiais exigíveis e impõe metas vinculantes para os poderes constituídos, muitas vezes carentes de

---

[413] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.
[414] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[415] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[416] SOUSA, José Ferreira Marnoco *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 184.

densificação”[417]. Evidencia-se, assim, que a inércia legislativa em face da exigência de uma regulamentação das faculdades e prerrogativas individuais possui o condão de converter as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais em conceitos despojados de sentido e conteúdo.[418] Em contrapartida, a reação imperiosa e legítima provocada pela omissão inconstitucional do ente legislador se destina a “impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional”[419].

Logo, a fim de se opor à desídia legiferante na elaboração de atos normativos essenciais à realização dos comandos constitucionais, mormente no tocante à concretização dos direitos fundamentais, a Constituição concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar tal mazela: o mandado de injunção, previsto no artigo 5º, inciso LXXI, e a ação de inconstitucionalidade por omissão, disposta no § 2º do artigo 103. O presente escrito não pretende abordar o primeiro mecanismo judicial, bastando informar que ele se destina à “tutela incidental e *in concreto* de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora”[420].

A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), por seu turno, consiste numa medida de combate às omissões normativas pela via principal ou abstrata, isto é, seu exercício não depende de um interesse jurídico específico ou da “existência de um caso concreto levado à apreciação do Poder Judiciário”[421]. Quando a Constituição consagra um direito, vinculando o seu exercício à existência de uma lei regulamentadora, mas a inércia legislativa obsta a plena aplicação da norma constitucional, surge “o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, visando obter do legislador a elaboração da lei em causa”[422].

---

[417] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[418] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 184.
[419] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[420] BARROSO, *op. cit.*.
[421] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 239.
[422] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 50

Denota-se, então, que o controle concentrado de constitucionalidade consiste num "processo objetivo de guarda do ordenamento constitucional, afetado pela alegada lacuna normativa ou pela existência de um ato normativo reputado insatisfatório ou insuficiente"[423]. Cumpre destacar, também, que o diagnóstico de inconstitucionalidade por omissão não se trata de uma investigação estritamente jurídica, imune à inspeção de elementos fáticos.[424] Nessa atividade jurisdicional, a relação entre a ausência de lei regulamentadora e o problema da realidade diante do parâmetro constitucional se traduz numa comunicação inafastável. Segundo explana NOVELINO[425]:

> A aferição dos chamados fatos legislativos é indissociável de qualquer modalidade de controle e, por conseguinte, da competência do Tribunal que se vale, para esta finalidade, de "documentos históricos, literatura especializada, dados estatísticos e análises de peritos e *experts*". Os fatos legislativos são classificados [...] em três espécies. Os fatos históricos estão relacionados à análise de fatos passados que deram ensejo a determinadas decisões. Os fatos atuais abrangem um elenco variado de temas, tais como: objetivo de determinadas organizações, verificação de tratamento equiparatório ou desequiparatório conferido aos indivíduos [...] e questões de caráter fundamental a respeito de concepcções políticas, religiosas e filosóficas. Por fim, o controle das prognoses legislativas está relacionado aos eventos futuros. Aqui, subordina-se [...] à confirmação do prognóstico fixado pelo legislador ou à provável verificação de dado evento.

Outrossim, o poder constituinte fixou a jurisdição constitucional abstrata enquanto uma unidade, matizando tão somente a pretensão de declaração: de inconstitucionalidade, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade por omissão[426]. Em todas as hipóteses, a regra de competência vem disciplinada no mesmo dispositivo constitucional, razão pela qual se pode afirmar que, a partir do ambiente democrático delineado desde 1988, o Supremo Tribunal Federal "recrudesceu seu papel de principal protagonista na defesa judicial da Constituição"[427].

---

[423] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[424] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 239.
[425] *Ibidem*, p. 240
[426] BARROSO, *op. cit.*.
[427] BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.

Ainda, considerando que o controle de constitucionalidade se assenta na esfera de atribuições do Poder Judiciário, a cujos órgãos é vedada a intervenção de ofício, torna-se imperiosa a iniciativa da parte legitimada, a quem a Constituição outorgou representatividade para agir em nome de todos.[428] Isso revela que quem quer que seja o proponente, a legitimidade para deflagrar a ação é de caráter extraordinário, "pois a atuação não se dá na defesa de um direito próprio, mas do interesse geral, que se materializa no princípio da supremacia da Constituição" [429].

Também é oportuno declinar que inexiste prazo para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.[430] Sem prejuízo, é necessária a avaliação caso a caso do transcurso de tempo razoável que já houvesse viabilizado a elaboração da norma faltante. Nesse aspecto, vale a ressalva de que "a mera existência de projeto de lei em tramitação no Parlamento, apesar de eximir o responsável pela iniciativa, por si só, não afasta a mora do Poder Legislativo"[431].

A decisão que decreta a inconstitucionalidade por omissão é dotada de natureza obrigatória ou mandamental, "pois o que se pretende constitucionalmente é a obtenção de uma ordem judicial dirigida a outro órgão do Estado"[432]. Todavia, ao dispor sobre a temática, a Constituição Federal foi tímida, dado que, conforme sintetiza SILVA[433]:

> [...] Apenas dispôs no § 2º do artigo 103 que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias [...] É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto [...] Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão constitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

---

[428] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[429] *Ibidem*.
[430] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[431] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 323.
[432] MORAES, *op. cit.*.
[433] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014. p. 50 e 51.

Com efeito, a literalidade do § 2º do artigo 103 da Constituição Federal desvirtua a serventia da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, o tornando um remédio jurídico de baixa eficácia[434]. Diante da inexistência de fixação de um prazo pela Constituição para adoção das providências cabíveis e necessárias, sequer é concebível a responsabilização do órgão legislador inoperante. Essa ausência de qualquer consequência incisiva pelo descumprimento dos comandos constitucionais isenta o ente público descompromissado com Constituição e propicia o comodismo legiferante, cuja repercussão pode ser catastrófica para a ordem estatal[435].

Embora o Supremo Tribunal Federal, lastreado em entendimentos precedentes, tenha estabelecido como parâmetro o prazo de dezoito meses "para que o Congresso elaborasse a norma reclamada e eliminasse o estado de inconstitucionalidade"[436] – consignando que não se cuida de impor um limite para a atuação legiferante, mas apenas da fixação de um critério temporal razoável –, mesmo comunicado da negligência inconstitucional, ainda competem ao Poder Legislativo a oportunidade e a conveniência do exercício de seu *múnus*, de maneira que não pode ser forçado a desempenhar sua função precípua[437]. Nota-se, assim, que tentar firmar um prazo para a edição da lei devida consiste numa expectativa ilusória, bem como a mera constituição em mora do Parlamento e a diminuta valia da simples ciência dispensam ao instituto de combate à omissão inconstitucional normativa um efeito basicamente moral ou político, "mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado na sua supremacia"[438].

Em vista disso e arrematando, é pertinente registrar uma nova técnica interpretativa decorrente do fortalecimento do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em prol da própria Constituição[439] e desencadeada, frequentemente,

---

[434] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[435] PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Me Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.
[436] NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 328.
[437] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[438] BARROSO, *op. cit.*.
[439] MORAES, *op. cit.*.

pela omissão inconstitucional[440]. Esse mecanismo, que tem ampliado a atuação jurisdicional em matérias tradicionalmente de domínio dos outros Poderes, é comumente denominado ativismo judicial. Servindo-se das asserções de MORAES[441], é possível declarar que tal fenômeno se cuida de um:

> [...] método de interpretação constitucional, no exercício de sua função jurisdicional, que possibilita, por parte do Poder Judiciário, a necessária colmatação das lacunas constitucionais geradas pela omissão total ou parcial dos outros Poderes, ou ainda, pelo retardamento da edição de normas que possibilitem a plena efetividade do texto constitucional.

Ou, nos dizeres de BARROSO[442], o ativismo judicial:

> [...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Ou pela necessidade de certos avanços sociais que não se consigam fazer por via da política majoritária.

Constata-se, assim, que a consecução do ativismo judicial afeta às normas que demandam a atividade estatal para lograr a produção dos efeitos almejados pela Constituição.[443] Essa prática, porém, pode fomentar veemente censura e reprovação – notadamente quando as decisões abordam temas sensíveis e polêmicos que, devido à tensão que geram na sociedade brasileira, o legislador hesita e opta por não debater, receoso em perder parcela de sua popularidade e, assim, fracassar na nomeação para legislaturas futuras[444]. Com efeito, “os atores políticos têm ciência de que são mais facilmente responsabilizados, perante seus eleitores, por suas ações do que pelas respectivas omissões”[445].

Apesar da alegação de inequívoca afronta à separação e independência dos Poderes – que visam frustrar abusos oriundos da concentração de

---

[440] NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à constituição. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.

[441] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.

[442] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

[443] NEME; CIONE, *op. cit.*.

[444] THAMAY, Rennan Faria Krüger; SEIXAS, Bernardo Silva de. A Supressão De Omissão Inconstitucional Por Meio De Interpretação Constitucional: A Ado 26 E O Mi 4.733. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, 2020.

[445] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

poder num único órgão –, com desrespeito aos limites da função jurisdicional e franca usurpação da função legislativa[446], de outro norte verifica-se que é a própria postura de ócio deliberada e reiteradamente adotada pelo Poder Legislativo ante os mandamentos constitucionais de legislar que enseja uma atuação judicial mais enérgica[447].

Ademais, é oportuno reforçar que essa prontidão jurisdicional na defesa dos direitos fundamentais se reporta à prevenção dos nefastos corolários das omissões inconstitucionais – que, em seu bojo, configuram a massiva violação dos direitos das parcelas populacionais integrantes das minorias[448]. Nessa perspectiva, quando se destina à proteção de grupos historicamente oprimidos pelas camadas hegemônicas, "como mulheres, negros ou homossexuais, a atuação expansiva do Judiciário para assegurar seus direitos fundamentais contra discriminações é percebida como algo positivo pela maioria dos juristas e pela sociedade"[449].

Nessa seara, segundo bem pontuado por MELLO[450]:

> [...] práticas de ativismo judicial, [...] em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não se pode reduzir a uma posição de pura passividade.

Isso não significa, no entanto, que a jurisdição constitucional se inclina à anulação das vozes dos órgãos eletivos, representantes da coletividade[451]. Pelo contrário, quando o não legislar não envolve os direitos fundamentais ou as instituições democráticas, o Poder Judiciário deve acatar as escolhas e decisões tomadas legitimamente pelo legislador, respeitar o exercício razoável da discricionariedade legiferante e se abster de sobrepor uma particular valoração

---

[446] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[447] NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à constituição. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.
[448] MENEZES, Sibylla Naoum. Proteção jurídica dos direitos fundamentais ante a omissão legislativa: decisão do STF na ADO 26. 2021.
[449] BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.
[450] MELLO, Celso de *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.
[451] BARROSO, *op. cit.*.

política à dinâmica legislativa. Noutro giro, embora um considerável espaço relativo aos meios de realizar as pretensões constitucionais deva ser destinado preferivelmente ao processo majoritário, encabeçado pelos agentes públicos eleitos, em situações extremas, "quando a inefetividade se instala, frustrando a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário suprir o *deficit* de legitimidade democrática da atuação do Legislativo"[452].

3.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26

O julgamento colegiado da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, foi realizado em conjunto com o Mandado de Injunção nº 4733, impetrado pela Associação Brasileiras de Gays, Lésbicas e Transgêneros, ambos lastreados principalmente no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, haja vista a comunhão do tema de fundo das duas medidas, o qual, conforme adequadamente abrevia a Ministra Rosa WEBER[453]:

> [...] é, em última análise, a viabilidade de, mediante pronunciamento jurisdicional com eficácia erga omnes e caráter vinculante, afirmar, como direito objetivo, a tipificação específica de determinadas condutas quando qualificadas por motivação homofóbica ou transfóbica.

Após o período de pronunciamento de cada Ministro (fevereiro/2019 – junho/2019), a solenidade culminou no entendimento[454], por unanimidade de votos, pelo conhecimento parcial da ação e, por maioria – na extensão conhecida –, pela procedência da demanda, com eficácia geral e efeito vinculante, para:

> [...] a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+;
> b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;
> c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99;

---

[452] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.
[453] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[454] *Ibidem*.

> d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e
> e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. [...]

De plano, insta consignar que o incluso tópico se balizou exclusivamente no conteúdo do acórdão, considerando a notoriedade e a multiplicidade dos fundamentos expendidos pelos julgadores. Também cabe ressaltar que o objetivo não consistiu em esmiuçar o teor de cada voto proferido, tampouco enfrentar todos os pontos controvertidos debatidos no decorrer do julgamento, tais como a liberdade religiosa e de expressão – bastando expor que o seu exercício não legitima manifestações "que configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero"[455]. Não se ignora a relevância – e pertinência com a criminalização das práticas homotransfóbicas – de um exame mais denso acerca desses e quaisquer outros assuntos abordados na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. No entanto, para fins de delimitação da extensão da pesquisa, optou-se por eleger e versar sobre os temas adiante propostos.

---

[455] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

3.2.1 Do mandado de criminalização e da omissão legislativa inconstitucional

Conforme explanado no tópico antecedente e reforçado pelo Ministro Celso de MELLO[456], relator da ação, ao pronunciar seu voto:

> [...] para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.

Os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à igualdade, nos seus infinitos aspectos, consagrados pelo artigo 5º da Constituição Federal, são intrínsecos à condição humana e, por isso, independem de qualquer normatização legal para seu pleno exercício.[457] Ademais, os direitos fundamentais para além de assegurar aos indivíduos a fruição de posições jurídicas oponíveis ao Estado, também impõe ao Poder Público o mandamento "de tornar efetiva a proteção a esses mesmos direitos eventualmente expostos a situações de dano efetivo ou potencial"[458], salvaguardando as liberdades fundamentais das injustas ofensivas de terceiros. Noutros termos, os direitos fundamentais não devem ser entendidos tão somente como vedação de intervenção ou de abuso estatal, mas devem ser compreendidos como imperativo de tutela, do qual decorre a proibição de proteção insatisfatória.[459]

Também é importante recordar, consoante bem retrata o Ministro Celso de MELLO[460], que sendo o indivíduo autor:

> [...] de seu próprio destino, deve conduzir a sua vida segundo suas escolhas fundadas em valores por ele aceitos e aos quais ele voluntariamente se submete no exercício de sua liberdade pessoal e na prática efetiva de sua capacidade de autodeterminação.

---

[456] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[457] *Ibidem*.
[458] *Ibid*.
[459] *Ibid*.
[460] *Ibid*.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, por sua vez, declara como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro a promoção do bem todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminações. À vista disso, de acordo com a Ministra Cármen LÚCIA[461]:

> Tem-se, pois, no sistema constitucional brasileiro vigente a proibição de atuar o Estado para permitir, tolerar ou deixar de cumprir o seu papel de impedir qualquer forma de discriminação, a ele impondo adotar as providências legais e administrativas necessárias a punir quem transgredir a ordem jurídica no ponto específico.

Portanto, considerando "a existência de uma ordem constitucional atenta à preservação da autodeterminação humana"[462], conforme pontuado pelo Ministro Gilmar MENDES[463]:

> A orientação sexual e a identidade de gênero devem ser consideradas manifestações do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual deve ser protegida em face de manifestações de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação.

Não se pode olvidar que o uso concreto da sexualidade integra a autonomia de vontade da pessoa humana e que o sexo de cada qual não se presta enquanto critério de diferenciação jurídica, de modo que "o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual condiz com a própria liberdade existencial do indivíduo"[464]. Há de se ter em conta, ainda, que a identidade de gênero consiste na expressão da personalidade do indivíduo, não cabendo ao Estado constituí-la, mas reconhecê-la e protegê-la, razão pela qual tal prerrogativa é contemplada pelo direito à igualdade sem discriminações.

Em similar aspecto, a Ministra Rosa WEBER[465] sustenta que:

> [...] o direito à própria individualidade, à própria identidade, aí compreendidas as identidades sexual e de gênero, traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais. Isso porque é a partir do reconhecimento da identidade que o indivíduo pode desenvolver sua personalidade, autonomia e lugar na comunidade a que pertence. O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa

---

[461] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[462] *Ibidem.*
[463] *Ibid.*
[464] *Ibid.*
[465] *Ibid.*

> humana tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (art. 1º, III, da CF).

Nessa seara, haja vista a heteronormatividade incutida na comunidade brasileira, a concretização do princípio da igualdade, relativamente às minorias de gênero e de orientação sexual, "reclama adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio"[466]. Essa diretriz, tal como desenhada pela Constituição, implica na concessão de um tratamento discriminatório positivo – e protetivo – às identidades minoritárias no intuito de lhes efetivar direito à igual dignidade.

Com efeito, segundo expõe o Ministro Edson FACHIN[467]:

> 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.

Isso posto, ao tratar da dignidade humana enquanto um princípio a ser observado impreterivelmente no presente e como um norte para o futuro, o Ministro[468] também assenta que:

> [...] a dignidade da pessoa humana é elemento ínsito, constitutivo do sujeito; vale dizer, é o reconhecimento do seu próprio valor moral, idêntico ao valor moral das demais pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. [...]

A discriminação homo e transfóbica possui o nítido condão de ofender a dignidade humana, fonte e fundamento de tantos outros direitos fundamentais.[469] O cenário de constante violação da integridade física e psíquica da comunidade LGBTQIA+ denota a existência de uma sistemática violência contra essa minoria, afetando o "que há de mais essencial em sua dignidade: seu valor intrínseco como pessoa humana"[470]. De fato, a discriminação em virtude da orientação sexual ou da identidade de gênero, assim como toda e qualquer conduta de desprezo e segregação, "retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor"[471].

---

[466] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[467] *Ibidem.*
[468] *Ibid.*
[469] *Ibid.*
[470] *Ibid.*
[471] *Ibid.*

Dessa maneira, tendo em vista que a sexualidade consiste numa dimensão indissociável da dignidade humana, consoante pontua o Ministro Edson FACHIN[472]:

> A proteção é indispensável porque é o espaço público o lugar próprio da sexualidade. Ela é o impulso ao chamamento do outro. É a força que não nos deixa viver sós e que nos complementa. Não se pode privar ninguém do convívio com a pluralidade. Não é possível exigir que a sexualidade fique no armário.

Seguramente, "nada é mais atentatório à Justiça do que tratar a dignidade das pessoas de forma diferente" [473] e é justamente com esteio no valor ímpar da pessoa humana que a Constituição se comprometeu a erradicar os comportamentos discriminatórios. Extrai-se, assim, a clara incidência do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal contra a inaceitável, gravíssima e odiosa prática da homotransfobia, uma vez que, segundo assevera o Ministro Alexandre de MORAES[474]:

> [...] a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa configuram ostensiva e flagrante "discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

O comando constitucional contido no inciso XLI do artigo 5º vale enquanto limite à discricionariedade do ente legislativo, bem como ao seu juízo de conveniência e de oportunidade para deliberar se as práticas discriminatórias devem ser punidas ou não.[475] Embora a literalidade do dispositivo constitucional não tenha esclarecido a medida de repressão a ser implementada Estado, depreende-se que a criminalização da discriminação decorrente da orientação sexual e de gênero consiste em providência "estritamente necessária para efetivar a proteção constitucional do grupo discriminado, nos termos do permissivo estabelecido no artigo 102, §3º, da Constituição"[476].

Nessa ordem de ideias, nem sempre a norma constitucional impõe com clareza a lei específica a ser editada pelo Parlamento ou sinaliza com precisão

---

[472] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[473] *Ibidem.*
[474] *Ibid.*
[475] *Ibid.*
[476] *Ibid.*

os contornos da regulamentação a ser elaborada. Isso porque o advento de mudanças nas situações e relações jurídicas e/ou fáticas "atribuem ao legislador o ônus de adequar o complexo normativo existente à realidade social circundante"[477].

No mesmo viés, o Ministro Luís Roberto BARROSO[478] indica que:

> [...] O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo. [...]

In casu, "a situação é de inegável gravidade, havendo um movimento social que conduz a quadros mais e mais obscurantistas e agressivos aos direitos humanos"[479]. De igual modo, o Ministro Gilmar MENDES[480] anota que:

> As informações trazidas ao conhecimento da Corte dão conta de um estado reiterado de exposição de minorias a atos odiosos rotineiramente praticados, sem que haja uma resposta efetiva do Estado no sentido de resguardar as esferas jurídicas individuais violadas.
> [...]
> A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.

Nessa perspectiva, em termos objetivos – e a título de exemplo –, cabe aqui um sintético contorno para juntar os dados indicados pelo Grupo Gay da Bahia[481] num relatório que concentrou o número de homicídios ocorridos no período entre 1990 e 2020:

> [...] Em um primeiro momento, torna-se explícito o crescimento no número de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil. No ano de 1990, foram assassinadas no Brasil 164 LGBTI+, vinte anos depois, em 2010, foram assassinadas 260 LGBTI+ no Brasil, um aumento de aproximadamente 60% no número de mortes. Entretanto, o maior número de mortes registrado foi no ano de 2017, quando foram documentadas 445 mortes de LGBTI+ no Brasil, segundo o relatório produzido pelo Grupo Gay da Bahia (2018). Em 2020 observa-se novamente uma queda no registro de mortes motivadas pela

---

[477] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[478] *Ibidem.*
[479] *Ibid.*
[480] *Ibid.*
[481] MOTT, Luiz *et al* (organizadores). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021.

> LGBTIfobia em nosso país, comparativamente ao ano de 2019, 2020 registrou uma queda de 28% acumulando um total de 237 mortes. Apesar da redução quantitativa, ressalte-se que não existem motivos reais e factíveis para se comemorar, a redução no número de mortes motivadas pela LGBTIfobia não se deu pelo incentivo do Estado na promoção de políticas públicas de inclusão e proteção desse segmento, mas sim, por uma oscilação numérica imponderável e pela enorme subnotificação identificada durante as buscas, pesquisas e registros [...].

Acerca das informações referentes ao ano de 2021, que continuam a ser imprecisas devido à significativa taxa de subnotificação, a organização[482] assim consignou:

> 300 LGBT+ sofreram morte violenta no Brasil em 2021, 8% a mais do que no ano anterior: 276 homicídios (92%) e 24 suicídios (8%). O Brasil continua sendo o país do mundo onde mais LGBT são assassinados: uma morte a cada 29 horas.

Já o dossiê elaborado pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBTQIA+ fez um levantamento de 316 mortes violentas em 2021. Nesse ínterim, a ausência de referências oficiais e a inevitável utilização de dados noticiados pela imprensa denotam a limitação metodológica da pesquisa – e a inexatidão da estimativa –, pois depende-se do "reconhecimento da identidade de gênero e da orientação sexual das vítimas por parte dos veículos de comunicação que reportam as mortes"[483], de maneira que muitos outros casos de homicídios cruéis inflamados por esses fatores provavelmente pendem no esquecimento. Nada obstante, o documento[484] aponta que:

> Dentre os segmentos analisados por orientação sexual, a população de gays foi a que mais sofreu com as mortes violentas, representando 45,89% do total (145 mortes). Em seguida estavam as lésbicas, com 3,80% (12 mortes), as pessoas bissexuais e outros segmentos, ambos com três mortes (0,95% cada). A grande quantidade de casos não informados (153) demonstra que há uma incompreensão por parte da imprensa em relação às diferenças entre orientação sexual e identidade de gênero. Ao mesmo tempo, pode evidenciar que, eventualmente, a orientação sexual não tenha sido revelada por pessoas próximas das vítimas por conta de preconceito [...]
> [...] as mortes de travestis, mulheres transexuais e mulheres cisgêneras totalizaram 153 casos, representando 48,42%. Desse total,

---

[482] OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (organizadores). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil**: relatório 2021. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2022.
[483] Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2021. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022.
[484] *Ibidem*.

> é evidente que as primeiras foram as mais atingidas, com 141 mortes (44,62%), enquanto o número de mulheres cis mortas foi de 12 (3,80%). Os homens cis foram, em números absolutos, os mais vitimados pela violência, com um total de 150 pessoas (47,47%). Já os homens trans somaram um total de 8 pessoas mortas (2,53%) [...].

Ainda, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, desenvolvido mediante informações fornecidas pelas Secretarias de Segurança Pública estaduais e pelas Polícias Civil, Militar e Federal, dentre outras fontes governamentais, registra a ocorrência em 2021 de 179 casos de homicídio doloso, 1.719 casos de lesão corporal dolosa e 179 casos de estupro praticados contra a população LGBTQIA+ e denuncia o "aumento em todas as variáveis, sob as tipificações de homicídio (7,2%), lesão corporal dolosa (35,2%) e estupro (88,4%)"[485] com relação aos episódios de violência catalogados no ano anterior.

Ora, ao passo que os direitos concernentes à orientação sexual e à identidade de gênero dos indivíduos "são reconhecidos, hoje, nacional e internacionalmente, como essenciais para a dignidade e humanidade da pessoa humana, integrando o núcleo dos direitos à igualdade e à não-discriminação"[486], os dados estatísticos comprovam que a população LGBTQIA+ no Estado brasileiro padece das mais variadas expressões de agressão motivadas injusta e exclusivamente por esses traços identitários[487]. Por esse motivo, torna-se a afirmar que a interpretação congruente da Constituição não pode ser alcançada "de costas para a realidade brasileira, que impressiona tanto pelos números quanto pela barbaridade"[488].

Atendendo à essa proposição, repara-se que ramo penal do Direito recai na hipótese em exame. Rememora-se, então, o caráter fragmentário dessa esfera jurídica, a qual deve ser invocada apenas quando os demais âmbitos "se mostrarem incapazes de proteger suficientemente o bem jurídico tutelado"[489]. Os bens jurídicos consagrados pela ordem constitucional, tais como a vida, a liberdade e a integridade física, exigem uma resposta ousada do Estado para garanti-los e ampará-

---

[485] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.
[486] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[487] *Ibidem.*
[488] *Ibid.*
[489] *Ibid.*

los. Em contrapartida, as iniciativas empreendidas em alguns estados-membros, estabelecendo punições meramente administrativas, revelam-se ineptas à contenção da homotransfobia. Inexistem "registros de redução consistente dos índices de violações dos direitos da população LGBTI+, o que sugere o reduzido potencial dessa medida para funcionar como prevenção geral contra a discriminação"[490], de maneira que "a grande importância dos bens jurídicos violados [...] justifica a utilização da última *ratio* que é o Direito Penal"[491]. Nesse viés, de acordo com o Ministro Luiz FUX[492]:

> A criminalização configura [...] medida necessária para combater as condutas contrárias à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero, cujo nítido caráter discriminatório e violador da dignidade humana esvazia a efetividade do conjunto de normas constitucionais que asseguram a proteção de homossexuais e transexuais.

O Ministro Ricardo LEWANDOWSKI[493] também declara que:

> A Constituição, ao estabelecer o mandado de criminalização do art. 5, XLI, confiou no uso simbólico do Direito Penal para afirmar o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como na eficácia punitiva maior oriunda dessa especificidade. [...]

Outrossim, segundo declinado pelo Ministro Alexandre de MORAES[494], a própria posição tópica que o inciso XLI ocupa no texto da Constituição se presta:

> [...] como indicadora da presença de uma verdadeira determinação constitucional para a edição de lei penal, pois faz parte do núcleo penal e processual penal do artigo 5º, protetivo ao direito de liberdade, que se inicia no inciso XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e prossegue até o inciso LXVIII (consagração do habeas corpus); mesmo que não exclusivamente penal em alguns dispositivos.

Também se deve considerar que, diante de todos os mandamentos constitucionais destinados ao legislador – a fim de regulamentar a punição pelos mais variados modos de afronta aos direitos e liberdades fundamentais –, o Congresso Nacional entendeu necessária a elaboração de leis penais para suprir essas lacunas.

---

[490] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[491] *Ibidem.*
[492] *Ibid.*
[493] *Ibid.*
[494] *Ibid.*

Para a vedação da discriminação e do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, formulou-se a Lei 7.716/1989. Para a proteção integral à criança e ao adolescente, editou-se a Lei nº 8.069/1990, cujo estatuto dispõe expressamente sobre crimes praticados contra tais sujeitos. Para a defesa da mulher em face da violência no âmbito da violência doméstica e familiar, redigiu-se a Lei nº 11.340/2006. Isto é, o Parlamento fixou um verdadeiro padrão de tutela na "implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais"[495] de tantos grupos vulneráveis e minoritários.

Nesse contexto, assim como a discriminação consiste em "deixar de tratar diferentemente, sem um objetivo e justificativa razoável, pessoas em situação relevantemente diferente"[496], *contrariu sensu*, tratar diferentemente pessoas em situação relevantemente similar, sem um objetivo e justificativa razoável, também é discriminar. Para mais, dispensar um tratamento jurídico para proteger a comunidade LGBTQIA+ diverso daqueles concedidos às outras parcelas populacionais – que também demandam especial atenção estatal – implica numa hierarquização de opressões sociais[497]. Ora, em consonância com o Ministro Luís Roberto BARROSO[498]:

> [...] Em um sistema jurídico coerente, em que estão presentes as mesmas razões, deve-se aplicar o mesmo direito. A Constituição repudia todas as formas de discriminação que atentem contra direitos e liberdades individuais, sem diferenciar as que se fundam em preconceitos de raça, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual e identidade de gênero. Assim, não há qualquer fator razoável de distinção que justifique que apenas algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas [...].

Com efeito, tendo em vista que a via adequada para a salvaguarda dos bens jurídicos categoricamente assinalados pela Constituição consiste no Direito Penal, com a criação de respectivos tipos penais[499], o panorama brasileiro demanda "a punição criminal das discriminações fundadas em orientação sexual e identidade

---

[495] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[496] *Ibidem.*
[497] *Ibid.*
[498] *Ibid.*
[499] *Ibid.*

de gênero”[500], sob pena de violar o princípio da proporcionalidade, em seu aspecto de proibição de proteção insuficiente. Se uma das facetas do referido princípio desautoriza a restrição desarrazoada de direitos fundamentais, representando uma oposição ao excesso, a outra corresponde à “invalidade das normas jurídicas que não alcancem patamar adequado de proteção de valores constitucionais”[501], ou seja, à vedação da proteção deficitária. Nesse sentido, o Ministro Gilmar MENDES[502] reforça que:

> [...] a tutela insuficiente não se configura apenas quando o Estado não faz nada para atingir dado objetivo para o qual deva envidar esforços, mas também quando os instrumentos de tutela existentes não se afiguram aptos a garantir o exercício de direitos e liberdades individuais. [...]

O dramático diagnóstico nacional permite concluir que as atuais iniciativas do Poder Público são inidôneas a tutelar as minorias sexuais e de gênero, de sorte que o Estado não tem cumprido com seu dever constitucional de proteção[503], “deixando em desvalia jurídica direitos fundamentais e inalienáveis da cidadania e da dignidade humana”[504]. Verifica-se, assim, que uma legislação penal protetiva da população LGBTQIA+ se traduz num marco civilizatório curial para impedir os “crimes de ódio praticados contra essas pessoas”[505].

Ante o exposto, não se sustenta o pretexto ventilado pelo Ministro Marco AURÉLIO, único divergente nesse ponto, expressando seu entendimento pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e afirmando que “vislumbrar na redação conferida ao inciso XLI da Constituição Federal espécie de mandado de criminalização a vincular o legislador ordinário é passo demasiadamente largo”[506]. A pretensão formulada na demanda “no sentido de combate à homofobia e à transfobia tem base nos direitos fundamentais, na proteção de direitos de minorias, a partir da própria ideia do direito de liberdade”[507]. Ademais, segundo já expendido, “a interpretação constitucional não pode se desvincular do

---

[500] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[501] *Ibidem.*
[502] *Ibid.*
[503] *Ibid.*
[504] *Ibid.*
[505] *Ibid.*
[506] *Ibid.*
[507] *Ibid.*

contexto em que se insere”[508]. Por essa razão, é manifesto o comando da Constituição “de editar legislação incriminadora de condutas, positivas ou negativas, cuja prática implique comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais”[509] das minorias sexuais e de gênero.

Se de um prisma percebe-se a legitimidade do direito à legislação invocada, uma vez que está presente a obrigação estatal de editar normas legais, sob outro enfoque sobressai a omissão do Congresso nacional em elaborar um arsenal normativo e protetivo penal à população LGBTQIA+[510]. Esse flagrante inadimplemento de indeclinável encargo jurídico, imposto por superior mandamento constitucional, “traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República”[511]. Conforme explica o Ministro Luiz FUX[512]:

> É preciso pôr em prática os deveres estatais. Primeiro, o dever de proibição, a fim de se coibir expressamente, mediante sanção-penal, as ofensas, agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima. Segundo, efetivar o dever de garantia da segurança da população LGBT com o intuito de protegê-la das agressões, ameaças e discriminações por elas sofridas na atualidade. Terceiro, concretizar o dever de evitar riscos mediante adoção de medidas de proteção ou de prevenção a fim de se combater as condutas homofóbicas e transfóbicas atualmente tão disseminadas na sociedade brasileira.

Em virtude da resoluta dicção do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, as normas que estatuem os direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicação imediata, cujo extenso elenco contido nesse dispositivo “contempla, além da positivação de direitos fundamentais subjetivos, a declinação de deveres estatais de tutela desses direitos”[513]. Consoante outrora apontado, afora a necessidade e a urgência em se adotar uma providência que impeça, dificulte ou estagne a discriminação baseada na orientação sexual e/ou na identidade de gênero, o quadro de agressão contra essas minorias denota ser inaceitável a manutenção de uma inércia “(quando não condescendência) sem se impor atuação estatal eficiente”[514].

---

[508] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[509] *Ibidem.*
[510] *Ibid.*
[511] *Ibid.*
[512] *Ibid.*
[513] *Ibid.*
[514] *Ibid.*

Todavia, está-se “diante de uma inação congressual que apresenta o mesmo nível de gravidade, ou até maior, do que o verificado em outras omissões inconstitucionais”[515].

Nesse ângulo, o Ministro Celso de MELLO[516] acertadamente delata:

> Decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da vigente Carta Política, ainda não se registrou – no que concerne à punição dos atos e comportamentos resultantes de discriminação contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero – a necessária intervenção concretizadora do Congresso Nacional, que se absteve, até o presente momento, de editar o ato legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais em questão.

Com efeito, transcorridas mais de três décadas, “a proteção constitucional exigida desde seu preâmbulo, perpassando os arts. 3º, inc. IV e, em especial, o art. 5º. XLI, não se efetivou relativamente aos homo e transsexuais”[517]. Nessa seara, o Ministro Edson FACHIN[518] esclarece:

> 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.

Aliás, esse marasmo inconstitucional não só tolera como também fomenta os crimes de ódio contra as minorias sexuais e de gênero. A violência direcionada aos homossexuais e transsexuais é fundada “pela sua condição pessoal: mata-se pelo que é, não por algo que se fez ou se teve”[519]. E a inexistência de uma proteção concreta a tais pessoas, bem como de normas repressoras dos movimentos de desprezo e hostilidade, atribuídas “a atos omissivos do Poder Público, tende a incorporar cenas dessa barbárie a inaceitáveis rotinas brasileiras”[520].

Conforme já se afirmou, o descumprimento do comando da Constituição relativo a direitos e liberdades fundamentais titularizados pelos indivíduos homo e transsexuais caracteriza uma omissão ilegítima e a mera “existência de projetos de lei em tramitação não afasta a mora inconstitucional, o que somente se dá

---

[515] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[516] *Ibidem.*
[517] *Ibid.*
[518] *Ibid.*
[519] *Ibid.*
[520] *Ibid.*

com a efetiva conclusão do processo legislativo”[521]. A maioria dos muitos projetos de lei que pretendiam o combate e a criminalização específica da homotransfobia “foi arquivada, declarada prejudicada ou apensada a outros projetos”[522]. Dito isso, é válida a constatação do Ministro Gilmar MENDES[523], advertindo que:

> [...] embora não se trate de uma indiferença absoluta em relação ao tema, fica claro que a tramitação dos projetos de lei que teriam o condão de colmatar a lacuna legislativa impugnada tem sido tumultuada por todos os gêneros de embaraços típicos do processo legislativo.

Ilustrando esse astuto atravanco legiferante, relata o Ministro Celso de MELLO[524] que:

> [...] após mais de (05) anos de tramitação, o Projeto de Lei nº 5.003/2001, proposto pela então Deputada Federal Iara Bernardi, em 07/08/2001, com o objetivo de definir “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero”, foi aprovado, em 23/11/2006, pela Câmara dos Deputados, vindo a ser encaminhado ao Senado Federal, no qual passou a ser designado como Projeto da Câmara nº 122/2006.
> Essa proposição legislativa (PL nº 122/2006), por sua vez, então em tramitação no Senado Federal, não obstante decorridos mais de oito (08) anos de seu recebimento na Câmara Alta, teve encerrada a sua apreciação, ao final da 54ª legislatura, eis que, segundo as normas regimentas (RISF, art. 322, § 1º), impõe-se o arquivamento automático das proposições que se encontrem em processamento há mais de duas legislaturas.
> É certo que, por meio do Requerimento nº 46/2011, subscrito por ilustres Senadores, entre os quais a Senadora Marta Suplicy, foi requerido, nos termos do Regimento Interno da Casa Legislativa (RISF, art. 322, § 1º), o desarquivamento do PL nº 122/2006, vindo o pleito em questão a ser aprovado em 09/02/2011, havendo referido projeto de lei retornado à apreciação das comissões temáticas.
> Essa medida, contudo, sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela

---

[521] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[522] *Ibidem.*
[523] *Ibid.*
[524] *Ibid.*

> Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

Verifica-se, assim, que o Parlamento vem postergando a análise e o desfecho do Projeto de Lei nº 122/2006, cuja "omissão contraria frontalmente a Constituição"[525]. A escassez, no âmbito legislativo, de um consenso necessário à concreta regulamentação da norma constitucional em apreço conduz à conclusão resolvida pelo Ministro Celso de MELLO[526], qual seja:

> Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação de inequívoca e irrazoável "*inertia deliberandi*" [...].

Desse modo, apesar de não ser atribuível ao Poder Legislativo um total descaso com a comunidade LGBTQIA+, a "existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar"[527] permite o reconhecimento de sua mora e omissão inconstitucionais.

3.2.2 Da Judicialização, da Interpretação Conforme e do Racismo Social

O regime democrático não se coaduna com práticas de intolerância, pois se funda em valores como o pluralismo e a diversidade de ideais. Tais postulados simbolizam a necessidade de uma sociedade inclusiva, na qual os indivíduos podem sentir-se livres e tutelados contra condutas "promovidas pelo Estado ou praticadas por particulares que lhes restrinjam o pleno exercício de suas prerrogativas e liberdades constitucionais por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero"[528]. De igual modo, a Constituição repudia toda e qualquer manifestação discriminatória, impondo "ao legislador ordinário agir para refrear toda prática que dê sequência aos

---

[525] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[526] *Ibidem.*
[527] *Ibid.*
[528] *Ibid.*

processos históricos de perseguição e degradação humanas contra os homo e transsexuais”[529].

Se é certo que o Poder Legislativo, mediante os representantes eleitos pelo povo, é a expressão essencial da democracia – a quem compete a elaboração de normas de caráter geral e obrigatório para todos, zelando pela coerência dessas normas – , de outro prisma, também cabe a ele a estrita observância dos mandamentos constitucionais, afim de que sua atuação esteja em conformidade com a Constituição.[530] O principal e pernicioso reflexo para a integridade do direito resultante da inação legiferante não consiste na sua imprevisibilidade, mas na sua obsolescência.[531] Em particular, a ausência de uma reação concreta do Estado às injustas agressões suportadas pelas minorias sexuais e de gênero e a recusa do Poder Público em enfrentar essa temática “traduzem omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da igualdade”[532].

À vista disso, reside uma complexidade em sanar a presente mora inconstitucional, pois existe “absoluta necessidade de compatibilização da atuação do Poder Legislativo (que representa o princípio democrático da maioria) com o exercício da Justiça constitucional (que representa a garantia do Estado de Direito)”[533]. Nesse diapasão, relembra o Ministro Alexandre de MORAES[534] que:

> A premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria. [...]

---

[529] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[530] *Ibidem*.
[531] *Ibid*.
[532] *Ibid*.
[533] *Ibid*.
[534] *Ibid*.

Em sentido similar, em que pese tenha se posicionado contrariamente à pretensão deduzida na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, é a asserção do Ministro Marco AURÉLIO[535], instruindo que:

> Ao lado da estruturação do poder político, o constituinte de 1988 deu especial ênfase à disciplina dos direitos fundamentais, todos gravitando em torno da dignidade da pessoa humana. Tem-se projeto político de resgate imediato da democracia, de transformação social a médio e longo prazos e, principalmente, de afirmação permanente da liberdade e da igualdade. Há muito por fazer. Assegurar direitos é tarefa permanente. Tornar a Constituição Federal um corpo vivo, projeto institucional e democrático ininterrupto.

Dessa maneira, quando existe um movimento social lastreado na ignorância e no preconceito – que persegue, oprime e expõe a risco os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e do mútuo respeito entre os indivíduos –, revela-se indispensável um rechaço estatal que providencie a "proteção adequada aos grupos hostilizados, adotando mecanismos eficientes, aptos a evitar os confrontos sociais e a reprimir os atos de injusta agressão, sob pena de ofensa ao postulado que veda a proteção penal insuficiente"[536].

Dito isso, o recurso vocacionado pelo constituinte originário no artigo 103, § 2º a fim de sanar o vácuo normativo, em ocasiões pontuais, não configura uma solução efetiva, tendo em vista que, de acordo com o Ministro Celso de MELLO[537]:

> O mero apelo ao legislador [...] nem sempre se tem demonstrado solução eficaz, quando não inócua, em razão da indiferença revelada pelo Poder Legislativo, que persiste, não obstante a decisão emanada desta Corte, em permanecer em estado de crônico e reiterado inadimplemento da prestação legislativa que lhe incumbe promover.

No caso analisado, o processo majoritário não logra fazer valer o mandamento constitucional e essa "falta de perspectiva de solução do tema no âmbito legislativo tornaria meramente formal e inócua"[538] a declaração de sua omissão. Logo, a perpetuação desse estado de inércia legiferante – intencional, procrastinatória e abusiva – possui o condão de transmudá-la num "estado de crônica inconstitucionalidade, cuja ocorrência não deve ser tolerada"[539].

---

[535] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[536] *Ibidem.*
[537] *Ibid.*
[538] *Ibid.*
[539] *Ibid.*

Malgrado a instância hegemônica de um Estado Democrático se traduza no Poder Legislativo, quando tal ente público não atua, "a jurisdição constitucional se impõe quando se trata de defesa das minorias contra as violências da maioria"[540]. O exercício da jurisdição constitucional, segundo expõe o Ministro Alexandre de MOARES[541], consiste na necessidade de:

> [...] efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado, por ação ou omissão, e de consagração dos direitos e liberdades fundamentais e dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado contemporâneo, pois, nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexiste [...].

Ademais, consoante prossegue o Ministro Luiz FUX[542]:

> [...] Às vezes, voz e voto não são suficientes porque, através dessas vozes, através desses votos, nós poderíamos ter, ao final do curso dessa intenção legislativa, um veto que passará por um processo extremamente delongado de derrubada dessa manifestação executiva contra a iniciativa do Legislativo, então fala-se em judicialização. [...]

A judicialização pode concorrer para a inserção de determinadas matérias na agenda política, pois os grupos minoritários que presenciam a sistemática supressão de seus direitos tem "mais facilidade para alcançar seus objetivos estratégicos por meio do Poder Judiciário, cujo acesso é mais simples e menos custoso do que o acesso ao Legislativo e ao Executivo"[543]. A ascensão da ideia de supremacia da Constituição tornou os tribunais em "instituições sensíveis aos reclamos de grupos sistematicamente excluídos da esfera política"[544], na qual os representantes eleitos se esquivam de tomar decisões consideradas impopulares.

Quando o Congresso Nacional cumpre seu *múnus* e elabora uma lei, cabe ao Supremo Tribunal Federal respeitar as deliberações políticas adotadas – e invalidar as escolhas legislativas apenas quando atentarem diretamente contra os valores constitucionais. Todavia, quando o Parlamento não atua "em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se

---

[540] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[541] *Ibidem.*
[542] *Ibid.*
[543] *Ibid.*
[544] *Ibid.*

amplia legitimamente para fazer valer a Constituição”[545]. Ou seja, via de regra, o Supremo Tribunal Federal deve se reger pela autocontenção, de maneira que permanece com o legislador um amplo espaço de atuação, mas quando a matéria não devidamente regulamentada envolver o respeito e a tutela dos direitos fundamentais ou da própria democracia se justifica um posicionamento mais expressivo e proativo, porque, conforme o Ministro Luís Roberto BARROSO[546]:

> [...] 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 [...]

E assim avança o Ministro[547]:

> No caso em exame, os dois fatores que alargam a fronteira da interpretação constitucional em relação às competências legislativas estão presentes: existe omissão inconstitucional e trata-se de respeito a direitos fundamentais – à liberdade, à igualdade, à integridade e à própria vida de pessoas integrantes do grupo LGBTI+, um grupo indiscutivelmente vulnerável como até mesmo o mais empedernido conservador haverá de reconhecer.

Em postura idêntica, se encarrega a Ministra Cármen LÚCIA[548], decretando que:

> Das múltiplas disposições constitucionais relativas à determinação de proteção penal de combate ao racismo, à tortura, aos crimes hediondos, entre outros, é dever desse Supremo Tribunal Federal, guardião intransigente da Constituição, exercer o seu mister [...].

A intolerância e as práticas de desprezo e segregação que dela resultam, mormente quando endereçadas às minorias, constituem um grave e urgente desafio para a sociedade, bem como para todas as instâncias do poder estatal.[549] À vista disso e “considerada a natureza eminentemente constitucional dessa cláusula impeditiva de tratamento discriminatório”[550], a missão confiada ao Supremo Tribunal Federal pode propiciar a plena concretização dos axiomas da liberdade, da igualdade

---

[545] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[546] *Ibidem.*
[547] *Ibid.*
[548] *Ibid.*
[549] *Ibid.*
[550] *Ibid.*

e da não discriminação, que, em suma, representam a essência de um corpo social verdadeiramente democrático.

Para tal intento, no âmbito da jurisdição constitucional, emprega-se a técnica hermenêutica alcunhada interpretação conforme – a Constituição –, cuja finalidade "é compatibilizar o ordenamento jurídico com o texto constitucional, concretizando sua interpretação com os valores nele consagrados"[551]. Quer dizer, "no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente maior conformidade com as normas constitucionais"[552].

No mesmo viés, a Ministra Rosa WEBER[553] orienta que a interpretação conforme:

> [...] está em consonância com a recomendação da doutrina jurídica de que, diante de normas constitucionais que visam a implementar proteções a direitos fundamentais, seja evitado "método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais" [...].

A fim de manter renovado de forma ininterrupta o texto constitucional tangente à tutela dos direitos fundamentais não pode se subestimar que os condicionamentos históricos dessa atualização também se remodelam.[554] Isto é, sob as circunstâncias de cada caso, é imperioso preferir as perspectivas exegéticas que auxiliem as normas constitucionais a se revestirem de plena eficácia, pois à cada uma dessas normas deve ser imprimido um sentido que potencialize a sua capacidade de regulamentação.

Com efeito, em consonância com o Ministro Alexandre de MORAES[555]:

> [...] A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, a aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, a eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção [...].

---

[551] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[552] *Ibidem.*
[553] *Ibid.*
[554] *Ibid.*
[555] *Ibid.*

Também é a posição adotada pelo Ministro Luís Roberto BARROSO[556], ao lecionar que:

> [...] a Constituição deve ser interpretada à luz de uma razão humanista e civilizatória, inclusive e sobretudo, para proteger os direitos fundamentais das minorias, que não encontram eco no Legislativo e que enfrentam preconceitos na própria sociedade. [...]

Dessa maneira, a resolução firmada pelo Supremo Tribunal Federal se destina à efetivação do direito consagrado no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, ali contida uma ordem de criminalização das práticas discriminatórias homotransfóbicas, a qual "ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação [...] por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação"[557]. Constata-se, assim, segundo entende o Ministro Celso de MELLO[558]:

> [...] que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo [...]

Não se pode olvidar, nesse sentido, do paradigmático precedente fixado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Habeas Corpus nº HC 82.424/RS. Consoante bem sintetiza a Ministra Rosa WEBER[559], ao julgar esse remédio constitucional, o:

> [...] Tribunal Pleno rejeitou a tese da defesa de Siegfried Ellwanger, segundo a qual, por não constituírem, os judeus, uma raça, não poderia o paciente, ao produzir e divulgar materiais com conteúdo antissemita, ser enquadrado na Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, tampouco aplicar-se-lhe-ia a imprescritibilidade afirmada no art. 5º, XLII, da CF.
> Ao fazê-lo, o STF interpretou o sentido e o alcance da definição jurídico-constitucional de racismo, compatibilizando critérios etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos, biológicos, históricos e culturais, de modo a afirmar a incidência do tipo penal referido ao racismo [...]. Assentou esta Casa, assim, que, porque fundados em uma dada concepção racial, os discursos antissemitas equivaleriam ao discrímen com conteúdo racista, "reforçados pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam".
> A respeito da exegese do termo "racismo", tal como inscrito na Constituição, [...] "não se lhe poder emprestar isoladamente o

---

[556] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[557] *Ibidem.*
[558] *Ibid.*
[559] *Ibid.*

> significado usual de raça como expressão simplesmente biológica", devendo-se "entende-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos". [...] "o que vale não é o que pensamos, [...] se se trata ou não de uma raça, mas se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação".
> Nessa perspectiva [...] procedeu esta Corte, ao julgamento do citado HC 82.424, a uma efetiva ampliação conceitual do conceito jurídico-constitucional de racismo. [...].

Ao enfrentar a impugnação defensiva de Siegfried Ellwanger – de que os judeus não constituiriam raça propriamente dita e, dado isso, contra eles não poderia haver discriminação e preconceito capazes de ocasionar a incidência do tipo penal-constitucional –, de acordo com a Ministra Cármen LÚCIA[560], o Supremo Tribunal Federal reconheceu e firmou:

> a) a inexistência do conceito científico de raça humana: "com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais";
> b) o racismo como um "conceito político-social" gerador de preconceito segregacionista, fundado em premissa criminosa de superioridade de um agrupamento humano sobre outro;
> c) a definição jurídico-constitucional de racismo advém da "interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma";
> d) a prática do racismo é "atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social", sendo, por isso, inconciliável com os padrões éticos e morais definidos pela Constituição da República de 1988 e por tratados e acordos multilaterais subscritos pelo Brasil;
> e) as discriminações raciais compreendem "as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo".

---

[560] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

A prática do racismo, superada a artificial e errônea noção de raça – a qual não ostenta qualquer vínculo sólido com a ciência, mas decorre de um processo político-social, motivador da discriminação segregacionista[561] –, consubstancia-se no "dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo"[562]. De fato, o racismo atenta contra a humanidade e daí deriva a sua imprescritibilidade, que não o sujeita ao esquecimento e é "posta como dever de avocar atuação vigilante do Poder Público nos aspectos preventivo e repressivo, determinando-se educação cívica e humanista das futuras gerações para evitar sua manutenção"[563].

É em virtude dessa característica que o Ministro Luiz FUX[564] ratifica o emprego da interpretação conforme, vale dizer:

> [...] Porque o racismo implica delitos imprescritíveis. É uma lição perene de convivência e harmonia na sociedade com as pessoas que fazem as suas opções. Quem escolhe a sua agenda humana é o ser humano dentro da sua órbita de independência e que deve assim ser obedecido [...] A pessoa só tem dignidade quando ela tem autodeterminação de dizer aquilo que ela quer ser como pessoa [...].

O racismo consiste numa ideologia, alicerçada em fatores pseudo-científicos e numa "distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais"[565]. Nota-se, assim, uma correlação inafastável entre a homotransfobia e o racismo, pois os critérios que identificam o último estão presentes nas duas situações, quais sejam: "a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada"[566].

---

[561] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[562] *Ibidem*.
[563] *Ibid*.
[564] *Ibid*.
[565] *Ibid*.
[566] *Ibid*.

Nessa perspectiva, o Ministro Alexandre de MORAES[567] anota que interpretação conforme propicia a constatação da inexistência de:

> [...] qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios "arbitrários e levianos", componentes de um "discurso racializante superficial".

Entretanto, emerge uma controversa questão acerca de eventual ofensa ao princípio da reserva legal atinente às normas de direito penal, insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Como é cediço, a definição típica das condutas delituosas é subordinada à lei formal, âmbito de atuação exclusiva do Parlamento, de maneira que é incabível a "utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal"[568]. Justamente firmado em tal postulado, o Ministro Ricardo LEWANDOWSKI[569], cujo voto é acompanhado pelo Ministro Dias TOFFOLI, julga pelo parcial provimento da ação, a fim de reconhecer a mora legiferante e tão somente cientificar o Congresso Nacional para adoção das medidas necessárias, afirmando que:

> A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos.

Esse entendimento – de que em matéria penal prevalece a reserva constitucional de lei em sentido estrito – não foi rejeitado pelos julgadores que se posicionaram pelo provimento da ação. Ocorre que, devido a definição precisa e cristalina, contida na Lei nº 7.716/1989, de condutas atentatórias a direitos e liberdades fundamentais de titularidade dos "grupos estigmatizados, motivadas por discriminação, a interpretação conforme, que explicita ser essa a melhor exegese do texto legal, não viola a legalidade estrita"[570]. Com efeito, o posicionamento dos demais

---

[567] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[568] *Ibidem.*
[569] *Ibid.*
[570] *Ibid.*

Ministros se limita “à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente”[571].

É precisamente a existência de certo grau de indeterminação no conceito de raça, ensejador de “uma relativa plurivalência, que não descaracteriza a tipicidade legal da norma penal incriminadora”[572]. Ademais, todos os dispositivos penais catalogados na Lei nº 7.716/1989 demandam uma interpretação conforme, mormente em observância aos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como os objetivos fundamentais de construir uma sociedade justa, livre e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.[573]

Os atos de homotransfobia se tratam de expressão do racismo, entendido em sua dimensão social. Nessa senda, vale repetir que, a partir do precedente fixado no julgamento do Habeas Corpus nº HC 82.424/RS, segundo o Ministro Celso de MELLO[574]:

> [...] o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.

Salienta-se, aqui, que o procedimento de interpretação do direito positivado realizado pelo Poder Judiciário em nada se confunde com a elaboração normativa de competência do Poder Legislativo.[575] A passo que a lei é um ato de vontade, “a jurisdição é um ato de razão”[576] e diz respeito a extrair dos diplomas legais vigentes os elementos necessários à exata aplicação da lei.[577] Por isso, considerando a pré-existência do âmbito de incidência da norma, da definição do delito e da

---

[571] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[572] *Ibidem*.
[573] *Ibid*.
[574] *Ibid*.
[575] *Ibid*.
[576] *Ibid*.
[577] *Ibid*.

cominação da respectiva reprimenda estatal disciplinados na Lei nº 7.716/1989, a decisão não consiste em tipificar condutas pela via judicial, mas tão somente em "reinterpretar o conceito de raça de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos, quando afirmou que o racismo é antes de tudo uma realidade social e política que cabe ao Direito coibir"[578].

Nesse sentido, insta frisar que "originalmente o núcleo do tipo penal contemplado no art. 1º da Lei 7.716/1989 afigurava-se circunscrito a preconceitos de raça e de cor"[579]. Contudo, paulatinamente tal dispositivo foi sendo alterado e, mediante a Lei nº 9.459/1997, ampliou a menção expressa da esfera de proteção para ali também abarcar a discriminação ou preconceito oriundos de etnia, religião e procedência nacional. Isto é, o próprio legislador "reconheceu que o racismo decorre da mesma intolerância que suscitou outros tipos de discriminação"[580] e essa lógica devia inspirá-lo a incluir a homofobia e a transfobia no rol dos crimes previstos nessa legislação.

Tendo isso em vista, o Ministro Gilmar MENDES[581] sustenta que a interpretação conforme:

> [...] corrobora que o sentido constitucional atribuído à norma clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas.

Em suma, a pretensão estampada na ADO nº 26 – e, por consequência, o entendimento preponderante adotado pelo Supremo Tribunal Federal –, segundo evidencia o Ministro Celso de MELLO[582], prima pela:

> [...] consecução de um fim revestido de plena legitimidade jurídica, política e social, que, longe de dividir pessoas, grupos e instituições, deve estimular a união de toda a sociedade em torno de um objetivo comum, pois decisões que fazem cessar o estado de invisibilidade imposto à coletividade dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT – estado esse de que resultam situações de injusta exclusão jurídica por eles sofrida, em contextos fundados em preconceitos inaceitáveis e que não mais resistem ao

---

[578] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[579] *Ibidem*.
[580] *Ibid*.
[581] *Ibid*.
[582] *Ibid*.

> espírito do tempo – possuem a virtude de congregar aqueles que reverenciam os valores da igualdade, da tolerância e da liberdade.

Torna-se a dizer, então: “a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, transgride, de modo frontal, valores básicos”[583] que estruturam a própria noção de Estado Democrático de Direito e, por isso, não pode ser tolerada. A reação estatal deve voltar-se à defesa desses postulados essenciais, opondo-se de maneira incisiva a qualquer conduta inclinada a desrespeitar o direito à diversidade, “especialmente quando as condutas desviantes instaurarem tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis visões excludentes”[584].

Destarte, considerando que “a Corte Constitucional, sempre que invocado o direito à igualdade, tem o dever de proteger a integridade do direito”[585], ainda que envolva matéria penal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 não pode se restringir ao simples reconhecimento de mora legislativa e à decretação de sua omissão inconstitucional. Longe disso, valendo-se do exercício da jurisdição constitucional, na “defesa dos direitos e garantais fundamentais de todos, de maneira igualitária e sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários”[586] – e por intermédio da interpretação conforme do conceito de raça –, afigura-se plenamente acertado o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal em ajustar e enquadrar as condutas homofóbicas e transfóbicas, “por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação” [587] definidos na Lei Antirracismo.

3.3 Do Combate à Homofobia e Transfobia

O corrente contexto nacional reflete que “diversas formas de violência e opressão são socialmente impostas contra populações e identidades”[588] LGBTQIA+, cujos indivíduos se mobilizam e lutam em torno do reconhecimento das injustiças a

---

[583] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.
[584] *Ibidem*.
[585] *Ibid*.
[586] *Ibid*.
[587] *Ibid*.
[588] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.

eles direcionadas em função das particularidades que os definem como pessoa. Nesse aspecto, depreende-se a semelhança das aspirações das minorias sexuais e de gênero com o esforço interessado na valorização "das identidades e construções e contribuições históricas materiais e imateriais das populações negras no país" [589].

Ambas as reinvindicações por respeito à identidade e à diferença, que despontam em torno da ideia de pertencimento de grupo, enfrentam problemas sociais relativos à dominação e à invisibilização, cujo alicerce está nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural. Vale dizer, conforme consta do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022[590]:

> A hierarquia de valor racista atribui significados positivos às pessoas brancas, seus símbolos e produtos culturais (branquitude) e negativos às pessoas negras, seus símbolos e produtos culturais (negritude) [...] Já a hierarquia de valor LGBTfóbica possui duas estruturas distintas, mas complementares de hierarquia de valor, uma que diz respeito à negativação e aos apagamentos físico e simbólico em função de sexualidade, e outra em função de identidade de gênero. Sendo elas:
> a) A cisnormatividade, atribui significados positivos às pessoas cis (que se identificam com o sexo atribuído no nascimento), seus símbolos e produtos culturais e negativos às pessoas trans, seus símbolos e produtos culturais.
> b) A heteronormatividade atribui significados positivos às pessoas heterossexuais, seus símbolos e produtos culturais e negativos às pessoas homossexuais, seus símbolos e produtos culturais.

Ante o exposto, extrai-se uma convergência também da imposição de demandas de vigilância, perseguição e incriminação daqueles que investem contra tais minorias.[591] Com efeito, a adoção de ferramentas de combate às práticas de homofobia e transfobia consiste num *múnus* estatal para extinguir a intolerância endereçada a essa população, suprimindo "o tratamento desigual e protegendo os que estão, de alguma forma, à mercê da legislação e/ou excluídos do Estado"[592].

Dito isso, é oportuno mencionar a plataforma desenvolvida pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos: o Disque Direitos Humanos

---

[589] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.
[590] *Ibidem*.
[591] *Ibid*.
[592] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

- Disque 100[593], um expediente de disseminação de informações acerca dos direitos das tantas minorias e dos diversos grupos vulneráveis e um portal de denúncias de violências praticadas contra tais indivíduos, cujo:

> [...] serviço pode ser considerado como “pronto socorro” dos direitos humanos e atende graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante.
> Qualquer pessoa pode reportar alguma notícia de fato relacionada a violações de direitos humanos, da qual seja vítima ou tenha conhecimento.
> [...]
> O serviço funciona diariamente, 24 horas, por dia, incluindo sábados, domingos e feriados. As ligações podem ser feitas de todo o Brasil por meio de discagem direta e gratuita, de qualquer terminal telefônico fixo ou móvel, bastando discar 100.

Esse canal de comunicação da sociedade civil com o poder público, consoante expõe CERQUEIRA[594]:

> No período compreendido entre 2011 e 2019 [...] registrou, em média, 1.666 denúncias anuais de violências contra pessoas LGBTQI+. Na análise da série histórica destaca-se o ano de 2012, quando o sistema registrou 3.031 denúncias, e o ano de 2019, que apresentou redução expressiva e fechou com [...] 833 denúncias, redução de 50% em relação ao ano anterior.
> Essa mesma interrupção da estabilidade de registros na série histórica se deu também no número de denúncias de lesão corporal, que atingiu o menor valor da série no ano de 2019, com queda de quase 50% em relação a 2018.

Especificamente acerca das denúncias de ofensa à integridade corporal, foram delatados cerca de 343 episódios por ano, cujo ápice de intercorrências, de igual modo, se verificou em 2012, com 783 casos, e a menor taxa também ocorreu em 2019, totalizando aqui 163 episódios. Embora, de um modo geral, tenha se constatado uma redução abrupta de denúncias de violações às pessoas LGBTQIA+, os dados coletados pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) denotam que os índices publicados pelo Disque 100 podem estar subestimados. De acordo com CERQUEIRA[595], as informações angariadas na investigação provieram do registro efetuado pelo SINAN de notificações de violências:

---

[593] Disque 100. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos. Acesso em: 7 set 2022.
[594] CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.
[595] *Ibidem*.

> [...] entre 2018 e 2019, tanto na variável orientação sexual, quanto na variável identidade de gênero. No primeiro caso, verifica-se um crescimento bruto de 5% nas violências contra homossexuais e 37,1% nas violências contra bissexuais, passando de 4.855 registros em 2018 para 5.330 em 2019. A maior parte dos registros de violências por orientação sexual é de pessoas assumidamente homossexuais, perfazendo 81,8% do total de notificações no último ano. Especificamente entre homossexuais, o crescimento dos registros de violências foi de 5,4%, e entre bissexuais, de 37,1%.

Infere-se, assim, que as pessoas não tem recorrido ao serviço Disque Direitos Humanos – Disque 100 para prestar denúncias e as razões para tanto podem ser inúmeras, "desde a falta de confiança no equipamento gerido pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, até a falta de prioridade política e financeira dada ao tema pelo órgão" [596], bem como a eventual inibição da divulgação desse canal.

Pois bem, ao agente formulador das políticas públicas – que, conforme já exposto, consistem no complexo de objetivos traçados por normas constitucionais e confiados precipuamente ao Estado, que aspiram ao bem-estar geral, o interesse público e à justiça social –, diante dos vários flagelos sociais, é incumbido compreender e eleger os que se sobressaem em necessidade e urgência de implementação.[597] Nessa toada, o delineamento de dados representa a primeira iniciativa para encarar qualquer problema social.[598]

Em que pese o recente êxito da população LGBTQIA+ – mais explicitamente mediante a decisão jurisdicional constitucional exarada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que reconheceu a "homofobia e transfobia como parte integrante das práticas punidas enquanto crime de racismo" [599] –, tal desfecho "não gerou ainda os devidos impactos no que diz respeito à produção, à sistematização e à publicização de dados" [600], cujo preenchimento permanece muito menor que os relacionados ao racismo. A cobertura irrisória de informações acerca de práticas homotransfóbicas sinaliza a indiferença

---

[596] CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.
[597] OLIVEIRA, Anna Júlia Braga de; CASTRO LOURES, Mariana Lopes de; MARINS, Vitória Soares. HOMOFOBIA:: A dificuldade de combate frente a um ordenamento jurídico heteronormativo. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 1, p. 28-28, 2019.
[598] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.
[599] *Ibidem.*
[600] *Ibid.*

político-institucional em coletar essas amostras e "enfrentar violências simbólicas, discursivas e físicas contra LGBTQI+ por parte das polícias". De acordo com a reflexão proposta no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022[601] :

> O descaso com a produção de dados referentes às populações LGBTQI+ reflete a historicidade das relações entre elas e as polícias no passado, marcadas pela percepção conservadora das identidades dissidentes da cisheteronorma enquanto desestabilizadoras da ordem estabelecida em torno da "família tradicional", da "moral e dos bons costumes" [...]. Também explicita a deslegitimação da promoção dos direitos dessa população enquanto parte integrante do trabalho da polícia, que implica também na imposição de barreiras que vão desde o atendimento às vítimas, ao registro (ambos marcados muitas das vezes, por revitimização, violência simbólica e psicológica) e à investigação de casos de violência LGBTfóbica [...].

Os entraves para o registro das ocorrências de violação às pessoas LGBTQIA+ geram impacto na própria volumetria das estatísticas. Também há que se considerar a "concepção amplamente difusa entre policiais e operadores da lei, de que crimes discriminatórios se voltam contra indivíduos e não populações inteiras, contida não somente na própria formulação da diferenciação"[602] entre essas situações, mas principalmente na aplicação da legislação compatível em cada caso. Destarte, a escassez de dados permanece enquanto inconveniente ao avanço da agenda de promoção dos direitos das minorias sexuais e de gênero, de maneira que tal cenário – acrescido da inexpressiva intervenção estatal – "tende a aprofundar a vulnerabilidade de tal população à violência" [603].

Sem perder de vista a subnotificação tangente aos índices de violações dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+, dos dados que foram exibidos até aqui, extrai-se que essa contingência deve ser reputada como prioritária, a fim de lograr a erradicação da homofobia e da transfobia.[604] Nessa perspectiva, a segurança pública consiste num campo de articulação de direitos fundamentais, difusos e universais, que só podem ser devidamente concretizados "a partir do atendimento às especificidades de demandas e condições de cada grupo"[605]. A

---

[601] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.
[602] *Ibidem*.
[603] CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.
[604] OLIVEIRA, Anna Júlia Braga de; CASTRO LOURES, Mariana Lopes de; MARINS, Vitória Soares. HOMOFOBIA:: A dificuldade de combate frente a um ordenamento jurídico heteronormativo. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 1, p. 28-28, 2019.
[605] Fórum Brasileiro de Segurança Pública, *op. cit.*.

expansão dos episódios homotransfóbicos desencadeia a exigência recrudescente de uma atuação do Estado visando contornar o cenário contemporâneo de hostilidade e desumanidade.[606] A formação e a segregação das minorias sexuais e de gênero compelem o Poder Público a identificar e promover as medidas que logrem uma mudança fática, "não só para promover a inclusão, mas também para extirpar os pensamentos discriminatórios"[607].

A incidência do direito penal, então, possui relevante função nessa providência, concedendo segurança jurídica e sensação de efetiva tutela ao preceituar a punição de atentados contra a vida, a igualdade, a liberdade e a dignidade humana das pessoas LGBTQIA+.[608] É indispensável o advento de uma legislação protetiva que, "assim como foi na luta do combate ao racismo, [...] possa atender a questão de forma eficiente e adequada"[609].

E nesse sentido, segundo esclarece KOEHLER[610]:

> A lei penal tem caráter pedagógico e simbólico. Ela aponta quais são os bens jurídicos mais relevantes, dentre os quais se inclui, sem dúvida, numa sociedade democrática e pluralista, o respeito à diversidade.

A inexistência de proteção legislativa expressa e específica contra a discriminação em virtude da orientação sexual e da identidade de gênero cede brecha para o errôneo silogismo de que, por não serem vedadas em lei, as condutas de intolerância e marginalização contra as pessoas LGBTQIA+ não são deslegitimadas pelo ordenamento jurídico pátrio.[611] Outrossim, segundo desfecha PIZER[612]:

> Tais proteções não irão transformar os comportamentos do dia para a noite, mas devem passar a responsabilidade pelos abusos motivados pelo preconceito dos indivíduos que sofrem ou testemunham isso para aqueles que discriminam ou têm autoridade sobre as instituições, da mesma forma como tem sido feito para reduzir outros tipos de preconceito. Além disso, regras explicitamente contra o preconceito

---

[606] ABRAAO, Fernanda; RODRIGUES, Lara. A criminalização da homofobia perante a luz do Supremo Tribunal Federal. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 2, p. 15-15, 2019.
[607] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.
[608] OLIVEIRA, Anna Júlia Braga de; CASTRO LOURES de, Mariana Lopes; MARINS, Vitória Soares. HOMOFOBIA:: A dificuldade de combate frente a um ordenamento jurídico heteronormativo. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 1, p. 28-28, 2019.
[609] ABRAAO; RODRIGUES, *op. cit.*.
[610] KOEHLER, Sonia Maria Ferreira *apud* OLIVEIRA; CASTRO LOURES; MARINS, *op. cit.*.
[611] PIZER, Jennifer C. De fora para dentro da lei. Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 71.
[612] *Ibidem*.

> encorajam pessoas GLBT a terem esperança de obter um tratamento melhor, de poder falar quando forem maltratadas e de poder educar aqueles em volta delas que, sem informação, podem continuar sem consciência dos efeitos de seus comportamentos ou dos comportamentos de outros [...].

Por conseguinte, o pleno resgate do reconhecimento das identidades LGBTQIA+ – e dos direitos fundamentais que lhes são inatos – implica o cerceamento e extermínio da homofobia e da transfobia com o mesmo afinco que se coíbe o racismo, ampliando a expectativa de convencimento social de que essas pessoas não podem ser objeto de ódio, crueldade, violência, indiferença e exclusão.[613] No entanto, consoante se pressupõe da última assertiva, é evidente que a viabilização de uma convivência harmônica entre todos, com o respeito mútuo à singularidade de cada indivíduo, não depende apenas da atividade estatal, "mas também de uma mudança de paradigmas da sociedade, a qual necessita compreender o 'diferente' não como inimigo, mas como o 'outro' que também é portador de direitos e de dignidade"[614]. Conforme problematiza CECCHIN[615]:

> [...] inúmeras pessoas são contra atos discriminatórios. Porém, nem sempre o que externam é o que pensam ou sentem. A eliminação dos preconceitos decorrerá de um processo de amadurecimento ético, moral e social, que ocorrerá naturalmente, servindo as ações afirmativas como mola propulsora a esta conquista. A marcha é lenta, pois invadir o cérebro humano com novas ideologias é apenas o primeiro passo para alcançar e conquistar a alma deste mesmo ser. Externar condutas antidiscriminatórias fundadas em normas jurídicas, não significa, necessariamente, a plenitude do convencimento pessoal do emitente. O problema, portanto, não é jurídico. O problema é fático e tem reflexos jurídicos. O Estado busca formas jurídicas para responsabilizar os fatos discriminatórios, ainda que isso invada o direito subjetivo do livre pensamento e da livre consciência. O que se quer argumentar é que o Estado não tem como apagar o direito subjetivo de pensar de forma discriminatória, arraigado na consciência do cidadão. Se o problema é cultural, somente o tempo mudará esta concepção, quando as ideologias discriminatórias concebidas serão substituídas, paulatinamente, pela ética antidiscriminatória, contemplando todos os seres humanos, independentemente de suas especificidades. [...].

---

[613] LOPES, Anamaria Fagundes; NIZA, Jaqueline Verônica. Políticas públicas no combate à homofobia. **Estação Científica-Juiz de Fora, nº17, jan–jun/2017.**

[614] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

[615] CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006.

À vista disso, é oportuno rememorar do afamado poema cuja autoria é atribuída ao pastor luterano alemão que se insurgiu contra as violações dos direitos humanos no regime do holocausto. Nos seus versos, o compositor bradava contra o silêncio apático de muitos em face das atrocidades que irrompiam naquela época, censurava a neutralidade e a covardia de uma maioria que não se opunha ao sistema nazista, ainda que não concordasse com os abusos e atentados, e criticava, enfim, a indiferença para com o outro, aquele que suportava a opressão perversa.[616] Numa tradução livre da obra de NIEMÖLLER[617]:

> Primeiro eles levaram os comunistas, e não me interessei, eu não era comunista. Depois vieram pelos judeus, mas não protestei também, eu não era judeu. Logo buscaram os sindicalistas, ainda assim me silenciei, eu não era um sindicalista. Mais tarde apanharam os católicos, e até então não relutei, eu era protestante. Agora estão me levando e, nessa altura, não há ninguém para se importar comigo.

De fato, o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+, bem como a efetiva tutela dessas minorias, demandam um movimento geral de esclarecimento social,[618] rompendo com a barreira preconceituosa de muitos e despertando a empatia pelo próximo em cada um. Exigem-se, pois, a união, a coordenação e a participação de toda comunidade na resistência aos atos de intolerância motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero das pessoas. Dessa maneira, extrai-se que o combate à homofobia e à transfobia – entrevendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação – reclama a atuação estatal, sem afastar a tarefa da sociedade como um todo.[619] Ao passo que ao Estado cabe observar os comandos constitucionais que lhes são

---

[616] MARRA, Rodrigo Bandeira. A voz do rosto: entre o silêncio e a falta de direitos. **Teoria e empiria dos direitos humano**s, p. 207.

[617] NIEMÖLLER, Martin *apud* MARCUSE, Harold. The origin and reception of Martin Niemöller's quotation,"First they came for the communists…". **Remembering for the future: Armenia, Auschwitz, and beyond**, p. 173-200, 2016. Texto conforme transcrito pelo autor: *"They came first for the Communists, But I didn't speak up because I wasn't a Communist. Then they came for the Jews, and I didn't speak up because I wasn't a Jew. Then They came for the trade unionists, and I didn't speak up because I wasn't a trade unionist. Then they came for the Catholics, and I didn't speak up because I was a Protestant. Then they came for me, and by that time no one was left to speak up.*"

[618] ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber de. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

[619] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/. Acesso em: 7 set 2022.

conduzidos, assegurar o exercício dos direitos fundamentais das minorias sexuais e de gênero, editar uma regulamentação idônea à tutela dos indivíduos LGBTQIA+, implementar a inclusão desses grupos e fomentar a conscientização da comunidade, a essa cumpre o interesse e o compromisso em zelar pelo próximo, na condição de ser humano, por mais que destoe dos padrões culturalmente estabelecidos, não reduzi-lo a um objeto, estigmatizando e desprezando, mas nele perceber um igual, seja qual for sua identificação coletiva, e, assim, tratar sua a dignidade humana tal qual cada pessoa espera ser respeitada.

CONCLUSÃO

A criminalização da homofobia e da transfobia consiste em medida indispensável para garantir a efetiva inclusão das minorias sexuais e de gênero na sociedade. Do mesmo modo que aqueles que suportam o preconceito e a discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, as pessoas LGBTQIA+ também possuem um legado de intolerância em seu desfavor e até hoje são afligidas em virtude de traços que formam e modelam as suas identidades.

A Constituição Federal – na posição que ocupa de norma suprema do Estado brasileiro e, por isso, impositiva de que todas as situações se conformem com os valores nela plasmados – já no seu preâmbulo, aspira a uma comunidade fraterna, pluralista, harmônica e predisposta à solução pacífica dos eventuais dissensos. Logo após, firma dentre seus objetivos fundamentais – que devem ser perseguidos de maneira perene – a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Não bastasse, no seu expressivo elenco de diretos e garantias fundamentais, assume o compromisso de punir, mediante lei, todas as condutas discriminatórias atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais. Logo, é manifesta a existência de comandos constitucionais endereçados a todas as esferas do poder público, compelindo os agentes estatais a incorporarem no plano fático prestações positivas que se voltem à igualdade material e à justiça social, que prescrevam a vedação de se valer da singularidade de cada indivíduo – por mais que destoe das matrizes hegemônicas – enquanto subterfúgio para inferiorizá-lo e que, assim, concretizem o real enlace das minorias com o restante da sociedade.

De outro vértice, contudo, depreende-se a obstinação do Poder Legislativo em se manter indiferente e insubmisso a tais preceitos constitucionais cogentes quanto tocam às pessoas LBGTQIA+. O impacto de uma perspectiva tradicional e retrógrada – e, em grande parte, fundamentalista religiosa – predominante nos órgãos legiferantes – que representam justamente a parcela da comunidade que também raciocina sob esse viés conservador – atravanca quaisquer iniciativas que almejam efetivar os direitos fundamentais das minorias sexuais e de gênero. Nessa ótica, sabedor que suas ações repercutem bem mais do que suas

omissões e ganancioso por legislaturas vindouras e prósperas, por receio de desagrado a seu eleitorado, o legislador oscila em abordar quaisquer medidas de enfrentamento à homofobia e à transfobia e, quando iniciado o debate acerca de tais questões, empreende todos os esforços burocráticos próprios da técnica legislativa para embaraçar esses projetos de lei, sujeitando as legítimas pretensões da população LGBTQIA+ ao arquivamento. Desse modo, extrai-se que o Parlamento não raro assume uma postura egocêntrica, prefere tornar aplicáveis os mandamentos constitucionais tão somente nos aspectos que melhor lhe aprouverem e se mantém inoperante em face das demandas sociais que estão em desacordo com suas ambições particulares.

In casu, é flagrante a omissão legiferante diante da ordem constitucional de punir por intermédio da lei as condutas de discriminação atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais das pessoas LGBTQIA+. Mais de três décadas se perpassaram sem a intervenção exigida do Congresso Nacional, que reluta em editar a regulamentação necessária para a tutela das minorias sexuais e de gênero. Essa inércia deliberada e arbitrária do Poder Legislativo, afora desafiar e desprezar o contido na Constituição Federal, perpetuando um estado de inconstitucionalidade crônica, também transmite a impressão de que as práticas homotransfóbicas são toleradas – e até mesmo aquiescidas – no Estado brasileiro.

Esse cenário de recusa do Parlamento em assegurar a existência digna daqueles que rompem com o referencial heterocisnormativo desencadeia o movimento comum às situações em que as minorias, descontentes com a contínua supressão de seus direitos na agenda política, recorrem a Poder Judiciário a fim de finalmente conquistarem seus justos anseios. A judicialização, então, fundada na primazia do texto constitucional e no rigoroso cumprimento de seus mandamentos, destina-se ao respeito e à salvaguarda dos direitos fundamentais, defendendo os grupos excluídos do manejo político contra as violações assentidas – e cometidas – pela maioria. Embora seja uma prática controversa na esfera jurídica, a atuação mais veemente do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, revela-se indispensável para assegurar as liberdades das minorias, as quais são oponíveis, inclusive, perante as prerrogativas das camadas sociais dominantes.

Outrossim, urge não olvidar que os direitos fundamentais para além de garantir a vedação de intromissão indevida do poder público e de particulares no

exercício das faculdades inerentes a cada indivíduo, também implicam na imposição de proteção contra situações de potencial ou efetiva ofensa. Dito isso, a tutela carecida pelos direitos fundamentais não pode – e não deve – ser insuficiente, circunstância que se verifica quando as providências adotadas pelo Poder Público são incapazes de lograr o socorro compatível com a plena concretização dos direitos e liberdades individuais.

Se porventura o Congresso Nacional descumpre seu *múnus* e insiste na passividade diante dos comandos constitucionais que reclamam a sua atuação, cabe ao Poder Judiciário, quando regularmente invocado, não se abster de seu encargo jurisdicional e converter o que preceitua a Constituição Federal em prestações concretas. No entanto, o expediente disciplinado pelo constituinte na missão de combater as omissões inconstitucionais nem sempre enseja uma solução eficiente e aqueles que estão desassistidos pelo Estado permanecem sem resposta para suas aflições. Com efeito, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o recurso invocado pela Constituição Federal a fim de sanar o marasmo inconstitucional pode se evidenciar como uma medida inócua, pois a simples constituição em mora, o mero reconhecimento da omissão e o reles apelo ao legislador para que desempenhe sua função precípua não conduzem inevitavelmente à pronta elaboração da norma devida.

Em face dessa constatação aliada ao corrosivo diagnóstico nacional de progressiva violação dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+, o entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 possui o condão de assegurar a real efetividade dos valores da liberdade, da igualdade e da não discriminação desse contingente social. As práticas intolerantes e marginalizantes contra as minorias sexuais e de gênero representam um inquietante flagelo que requer uma resolução improrrogável. Por isso, o categórico comando de criminalização das condutas homotransfóbicas consagrado no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal – que é inobservado intencionalmente pelo Poder Legislativo há mais de trinta anos – abarca a colmatação mediante a interpretação conforme – a Constituição – da legislação de enfrentamento ao preconceito e à discriminação, até que o Parlamento resolva se afastar do seu estado de desídia e suprir essa lacuna normativa.

Ao se adotar um método hermenêutico inclinado a extrair uma significação que melhor se amolde aos valores constitucionais e, então, potencializar a eficácia dos direitos fundamentais, depreende-se que as práticas de homofobia e transfobia, provenientes do preconceito e da discriminação em desfavor das identidades LGBTQIA+, consistem na hedionda manifestação do racismo. De fato, as condutas racistas nada mais são do que a expressão da desigualdade entre os indivíduos, denegatória da dignidade humana inerente à toda e qualquer pessoa e oriunda da ignorância de alguns que se autoconcedem uma superioridade em detrimento dos tantos outros grupos sociais. Tal qual o racismo, a homotransfobia acomete a própria humanidade e, por isso, demanda que o Estado assuma seu encargo de sentinela, prevenindo e reprimindo essas condutas repugnantes.

Ante o exposto, é indiscutível que a comunidade LGBTQIA+, no genuíno intuito de se ver reconhecida e dispor do efetivo exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, carece sofregamente de uma atenção estatal mais incisiva. Sob esse enfoque, a criminalização das práticas que atentem contra as minorias sexuais e de gênero pautadas precisamente nesses traços identitários consiste em providência primordial a fim de concretizar o que a Constituição Federal se obrigou a cumprir – mormente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Ademais, o panorama brasileiro das violências perpetradas em desfavor dos heterocisdiscordantes constrange o Poder Público como um todo a solucionar tal mazela sem demora, uma vez que é desarrazoado exigir desses grupos minoritários – herdeiros de um arcabouço histórico e cultural de implacável opressão social e doloroso sofrimento, cujos reflexos se observam até hoje – que se mantenham resilientes e aguardem a solicitude daqueles que já deveriam ter promovido prestações concretas para punir, mediante lei, os comportamentos discriminatórios atentatórios de seus direitos e liberdades fundamentais.

Sem prejuízo, embora o combate à homofobia e à transfobia reclame uma inarredável atuação do Estado, a sociedade também precisa assumir um papel participativo na luta contra o preconceito e a discriminação da população LGBTQIA+. Ora, um corpo social pluralista, que aprecia, preserva e resguarda a diversidade das identidades que o formam e apregoa o respeito mútuo entre seus membros, não se coaduna com condutas de desprezo fomentadas pelos atributos que constituem a

singularidade de cada um. A orientação sexual e a identidade de gênero de cada indivíduo traduzem a sua personalidade – o que ele é e não o que escolheu ser – e a prerrogativa de conduzir a própria vida de acordo com esses traços e, assim, ser verdadeiramente reconhecido e existir livremente na sua completude tocam à autonomia de vontade da pessoa que não pode ser suprimida por outrem, quer por uma conduta ativa e discriminatória, quer por uma postura passiva e indiferente. Por isso, a coletividade deve abandonar a cômoda posição de neutralidade e insensibilidade diante da selvageria que é cometida contra as minorias sexuais e de gênero, deixando de se manter silente e alheia a essas odiosas violações, mas compreendendo que o sujeito diferente não é seu adversário e sim seu semelhante, igualmente titular de direitos e também faz jus a uma existência humana digna.

REFERÊNCIAS

ABRAAO, Fernanda; RODRIGUES, Lara. A criminalização da homofobia perante a luz do Supremo Tribunal Federal. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 2, p. 15-15, 2019.

Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais); ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos). **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2021. Florianópolis: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022.

ALMEIDA, Hélio Santos de; TEIXEIRA, Maria Cristina. Ações afirmativas como medida de proteção das minorias. **Revista do Curso de Direito**, v. 8, n. 8, p. 103-136, 2011.

ALVES, Carlos Jordan Lapa. HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE: REVISÃO DE LITERATURA. Revista Interdisciplinar Pensamento Científico, v. 5, n. 1, 2019.

ANDRADE, Gabriel Souto de. Políticas públicas LGBT: quais os impactos da política “Brasil sem Homofobia” para a comunidade LGBTQIA+?.

ANDRADE, Tiago Souza Monteiro. O relacionamento homoerótico na Grécia Antiga. **Faces da História**, v. 4, n. 2, p. 58-72, 2017.

ANGELIN, Rosângela; MARCO, Thaís Kerber De. Viabilização de direitos de cidadania para minorias em uma sociedade multicultural. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014.

ARAÚJO, Janaína. Garantia do casamento homoafetivo no país ainda não foi concedida por lei. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/01/18/garantia-do-casamento-homoafetivo-no-pais-ainda-nao-foi-concedida-por-lei.

BAPTISTA, Fernando Pavan. O direito das minorias na democracia participativa. **Prisma Jurídico**, v. 2, p. 195-206, 2003.

BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira; MEDEIROS, Robson Antão de. Dos povos nativos ao surgimento dos movimentos sociais: influências dos discursos jurídicos, religiosos e médicos para a construção do conceito de homossexualidade no Brasil. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 3, p. 267-289, 2018.

BOMFIM, Silvano Andrade do. Homossexualidade, Direito e Religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 18, n. 1, p. 71-103, 2011

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários a Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Versão digital.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO: 26** DF 9996923-64.2013.1.00.0000, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020.

BRITO, Jaime Domingues. Minorias e grupos vulneráveis: aquilatando as possíveis diferenças para os fins de implementação das políticas públicas. **Argumenta Journal Law**, v. 11, n. 11, p. 95-110, 2009.

BUENO, Mariza Schuster. DIREITO DAS MINORIAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v. 2, n. 1, p. 184-206, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DE CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. **O Direito da Sociedade**, p. 257, 2012.

CECCARELLI, Paulo Roberto; FRANCO, Samuel. Homossexualidade: verdades e mitos. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2010.

CECCHIN, Airton José. Ações afirmativas: inclusão social das minorias. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. Umuarama**, v. 9, n. 2, p. 325-354, 2006

CERQUEIRA, Daniel *et al*. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021.

CLÈVE, Clèmerson. **Direito constitucional brasileiro**: Teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2022. Versão digital.

COHEN, Kenneth M.; SAVIN-WILLIANS, Ritch C. "Saindo do armário para si mesmo e para os outros. Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 36.

CORINO, Luiz Carlos Pinto. Homoerotismo na Grécia antiga–homossexualidade e bisexualidade, mitos e verdades. **Biblos**, v. 19, p. 19-24, 2006.

Disque 100. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos.

DOS SANTOS GOMES FILHO, Antoniel; JUSTAMAND, Michel. NOTAS SOBRE A ORGANIZAÇÃO SOCIAL E SEXUAL DAS SOCIEDADES DA GRÉCIA E ROMA ANTIGA. **Multidebates**, v. 2, n. 1, 2018.
DRESCHER, Jack. O que tem no seu armário? Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 25.

FARO, Julio Pinheiro. Uma nota sobre a homossexualidade na história. **Revista Subjetividades**, v. 15, n. 1, p. 124-129, 2015.

FEITOSA, Cleyton. As diversas faces da homofobia: diagnóstico dos desafios da promoção de direitos humanos LGBT. **Revista Periódicus**, v. 1, n. 5, p. 300-320, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Versão digital.

FERREIRA, Sergio Cavalcante et al. O discurso do judiciário brasileiro sobre a homossexualidade no reconhecimento da união homoafetiva. 2020.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Versão digital.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/.

FRIZZO, Djulia; ZEIFERT, Anna Paula Bagetti. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MINORIAS ÉTNICAS E SOCIAIS. **Salão do Conhecimento**, 2015.

GUIMARÃES, Anderson Fontes Passos. O desafio histórico de “tornar-se um homem homossexual”: um exercício de construção de identidades. **Temas em Psicologia**, v. 17, n. 2, p. 553-567, 2009.

IOTTI, Paulo. Da Homossexualidade à Homoafetividade. Dos Gregos à Contemporaneidade. **Revista Direito Civil**, v. 3, n. 1, p. 83-107, 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra. Itinerários para a proteção das minorias e dos grupos vulneráveis: os desafios conceituais e de estratégias de abordagem. **JUBILUT, Lilliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coords.). Direito à diferença: aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**, v. 1, p. 13-33, 2013.

LEAL, Ana Cristina Darwich Borges *et. al.* **Direito, políticas públicas e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; Belém/PA: CESUPA, 2013. Versão digital.

LEITE, Elso Soares. O discurso da mídia sobre a homossexualidade nas instituições militares. **fólio-Revista de Letras**, v. 7, n. 2, 2015.

LOPES, Anamaria Fagundes; NIZA, Jaqueline Verônica. Políticas públicas no combate à homofobia. **Estação Científica-Juiz de Fora, nº17, jan–jun/2017.**

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão digital.

MARCUSE, Harold. The origin and reception of Martin Niemöller's quotation,"First they came for the communists…". **Remembering for the future: Armenia, Auschwitz, and beyond**, p. 173-200, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Versão digital.

MARRA, Rodrigo Bandeira. A voz do rosto: entre o silêncio e a falta de direitos. **Teoria e empiria dos direitos humanos**, p. 207.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O direito das minorias. **São Paulo**, 2007.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Sociedade e Estado**, v. 27, p. 289-312, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Versão digital.

MENEZES, Sibylla Naoum. Proteção jurídica dos direitos fundamentais ante a omissão legislativa: decisão do STF na ADO 26. 2021.

MILANI, Daniela Jorge et al. Relações entre Igreja e Estado: secularização, laicidade e o lugar da religião no espaço público. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 38. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022. Versão digital.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 20221. Versão digital.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos; MADRID, Daniela Martins. A Homossexualidade e a sua história. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 4, n. 4, 2008.

MOTT, Luiz *et al* (organizadores). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia. 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021.

MOTT, LUIZ. A revolução homossexual: o poder de um mito. **Revista USP**, n. 49, p. 40-59, 2001.

MOTT, Luiz. Homo-afetividade e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, v. 14, p. 509-521, 2006.

NEIVAS, Guilherme Silva; BAPTISTA, Alessandra Carreiro. Análise Exploratória de Dados Espaciais da Violência Contra LGBTQIA+ no Brasil. **Rev. Bras. Cartogr**, v. 74, n. 1, 2022.

NEME, Eliana Franco; CIONE, Larissa Beschizza. A omissão inconstitucional e a efetivação da constituição: a judicialização como instrumento apto para dar força à constituição. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

OLIVEIRA JÚNIOR, Isaias Batista de; MAIO, Eliane Rose. Diversidade sexual e homofobia: a cultura do “desagendamento” nas políticas públicas educacionais. **Práxis educativa**, v. 10, n. 1, p. 35-53, 2015.

OLIVEIRA, Anna Júlia Braga de; CASTRO LOURES, Mariana Lopes de; MARINS, Vitória Soares. HOMOFOBIA:: A dificuldade de combate frente a um ordenamento jurídico heteronormativo. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, v. 11, n. 1, p. 28-28, 2019.

OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de; BRITO ALVES, Fernando de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, n. 20, p. 33-45, 2014.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (organizadores). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil**: relatório 2021. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2022.

PIZER, Jennifer C. De fora para dentro da lei. Em: LEVOUNIS, Petros; DRESCHER, Jack; BARBER, Mary E (organizadores). **O livro de casos clínicos GLBT**. Porto Alegre: Artmed, 2014. p. 71.

POLEZZE, Rogério Volpatti et al. Políticas públicas para minorias sexuais: características e perspectivas no direito brasileiro. 2015.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Me Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 11, n. 40, p. 04-15, 2020.

POSSAMAI, Paulo César. Sexo e poder na Roma Antiga: o homoerotismo nas obras de Marcial e Juvenal. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 4, n. 05, 2010.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. **Iniciação científica: destaques**, v. 1, p. 313-392, 2007.

RESENDE, Livia da Silva. Homofobia e violência contra população LGBT no Brasil: uma revisão narrativa. 2016.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.

ROMÃO, Lilian et al. Manual de comunicação LGBT: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

SANTANA, Viviane Caminhas. Dogmas e prazeres: o discurso moral religioso em torno da vivência da sexualidade no ocidente medieval. **Margens**, v. 8, n. 11, p. 254-268, 2014.

SANTOS, Daniel Kerry dos. As produções discursivas sobre a homossexualidade e a construção da homofobia: problematizações necessárias à psicologia. **Revista Epos**, v. 4, n. 1, p. 00-00, 2013.

SGARBOSSA, Luis Fernando; IENSUE, Gesiela. O papel dos direitos fundamentais nas democracias representativas majoritárias. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, v. 17, n. 26, 2013.

SILVA JUNIOR, Assis Moreira. As minorias sexuais e as politicas públicas do governo federal: entre avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 1, n. 2, p. 21-54, 2014.

SILVA, Antonio Wardison C. et al. Aspectos da inquisição medieval. **Revista de Cultura Teológica**, n. 73, p. 59-88, 2011.

SILVA, Danilma Melo da et al. O exercício da soberania popular e o reconhecimento dos direitos das minorias no brasil.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 37 ed. rev. e atual. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2014.

SILVA, Laionel Vieira da; BARBOSA, Bruno Rafael Silva Nogueira. Entre cristianismo, laicidade e estado: As construções do conceito de homossexualidade no Brasil. **Mandrágora**, v. 21, n. 2, p. 67-88, 2015.

SILVEIRA, Rebeca Costa Gadelha da; FREITAS, Raquel Coelho de. Definindo minorias: desafios, tentativas e escolhas para se estabelecer critérios mínimos rumo

à conceituação de grupos minoritários. **Revista de Teoria e Filosofia do Estado. Maranhão**, v. 3, n. 2, p. 95-116, 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorenna Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista direitos sociais e políticas públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, p. 105-122, 2017.

SOUZA, Daniel Cerdeira de et al. A produção literária sobre homofobia internalizada. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 2, n. 5, 2019.

SOUZA, Jônatas Ferreira de Lima. Só na amizade, mais amor ou dura rivalidade: Homossexualidade e Homoerotismo na Antiguidade? E também no mundo bíblico?.

SUIAMA, Sergio Gardenghi *apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Novos estudos jurídicos**, v. 13, n. 2, p. 77-92, 2008.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; SEIXAS, Bernardo Silva de. A Supressão De Omissão Inconstitucional Por Meio De Interpretação Constitucional: A Ado 26 E O Mi 4.733. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, v. 2, n. 1, 2020.

TONIETTE, Marcelo Augusto. Um breve olhar histórico sobre a homossexualidade. **Revista brasileira de sexualidade humana**, v. 17, n. 1, 2006.

TORRES, Marco Antônio. Os significados da homossexualidade no discurso moral-religioso da Igreja Católica em condições históricas e contextuais específicas. **Revista de Estudos da Religião**, v. 1, p. 142-152, 2006.

XINGJIE, Dai. **A aceitação da cultura homossexual na China e em Portugal**. 2021. Tese de Doutorado.