



MATEUS SCHWETTER SILVA TEIXEIRA

CONSTITUCIONALIDADE SOCIAL

**Análise do STF face a reivindicações de direitos LGBTI+ por movimentos sociais
com base em Kelsen**

**LISBOA
2021**



MATEUS SCHWETTER SILVA TEIXEIRA

CONSTITUCIONALIDADE SOCIAL

Análise do STF face a reivindicações de direitos LGBTI+ por movimentos sociais com base em Kelsen

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Público, pela Universidade Nova de Lisboa, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, na especialidade Direito Público, sob a orientação da Professora Doutora Soraya Nour Sckell.

**LISBOA
2021**

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra, que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, julho de 2021.

Mateus Schwetter Silva Teixeira

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES

Declaro para os devidos fins que o corpo da dissertação que apresento, incluindo espaços e notas, ocupa um total de 201.274 (duzentos e um mil, duzentos e setenta e quatro) caracteres.

Lisboa, julho de 2021.

Mateus Schwetter Silva Teixeira

À minha avó Sylvia, minha inspiração, o amor da minha vida.

A presente dissertação foi desenvolvida no âmbito do projeto *Cosmopolitismo: Justiça, Democracia e Cidadania sem fronteiras* (PTDC/FER-FIL/30686/2017, FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., Portugal). URL: <https://cosmopolites.wixsite.com/cosmopolitanism>

No âmbito das atividades promovidas pelo projeto, o escopo da presente dissertação foi apresentado nas seguintes comunicações:

TEIXEIRA, Mateus. **Hans Kelsen e a Jurisdição Constitucional**. In *Worldviews: Legal Dimension. International Conference*, NOVA Law School, Nova University Lisbon. Organizer: Soraya Nour Sckell. 12-28 June 2019.

_____. **O pluralismo jurídico e a mediação de conflitos**. In *To Grasp the Whole World. Humboldt-Kolleg International Conference* NOVA Law School, Nova University Lisbon. Organizer: Soraya Nour Sckell. 4 – 6 december 2019.

MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

1. As citações de obras serão feitas no corpo da dissertação apenas pelo: Apelido do autor(a), seguido do ano de publicação da obra e paginação. Exemplo: (Kelsen, 2003, p. 140). A referência completa das obras pode ser vista na seção *Bibliografia*.

2. As citações de documentos de autoria institucional ou decisões judiciais serão feitas no corpo da dissertação apenas pelo: Nome do país, seguido do ano da publicação do documento, sem espaço entre as informações, e número de paginação. Exemplo: Brasil (2019). A referência completa das obras pode ser vista na seção *Bibliografia*.

3. Em razão de economia textual, os recursos bibliográficos obtidos através da internet e os artigos publicados em revistas eletrônicas serão citados mencionando-se apenas o autor (ou entidade responsável), data da publicação e paginação. A referência completa dos artigos pode ser vista na seção *Bibliografia*.

4. A menção das obras e documentos na seção *Bibliografia* segue as regras do disposto nas normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Como a presente dissertação trata de um tema brasileiro e dado que já há perspectiva de publicação da obra no Brasil, é mais conveniente que se use a norma brasileira.

5. As obras mencionadas na seção *Bibliografia* com título em língua inglesa, e citação direta no corpo do texto da dissertação, serão traduzidas em língua portuguesa, assumindo o autor a exclusiva responsabilidade pela tradução.

6. A seção *Bibliografia* irá ser organizada em: referências bibliográficas, relatórios e estatísticas, notícias e internet, referências legislativas e referências jurisprudenciais.

7. A utilização de aspas servirá para destacar uma determinada expressão. Os estrangeirismos, as terminologias específicas e as terminologias de nossa autoria surgem destacadas em itálico.

8. A presente dissertação respeita o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35 2008, de 29 de julho.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é propor uma teoria de Constitucionalidade social que legitima a interpretação do STF sobre os direitos da população LGBTI+, face a paralisação do legislativo, a partir das reivindicações dos movimentos sociais. Tendo em vista o panorama brasileiro, sendo o país *common law*, é esperado que os direitos sejam criados por leis no Congresso. Contudo, com a força dos movimentos contrários, estes direitos são conquistados por decisões do STF, levando a uma especificidade do país em que há avanços nos direitos, sem haver avanços na legislação. Não se trata de ativismo judicial, mas sim de uma interpretação constitucional pelo STF. O trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, cuja metodologia é revisão de literatura, serão analisados conceitos desenvolvidos por Kelsen em dois estudos, a saber: *O problema do Parlamentarismo* (1924) e *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (1931). O primeiro estudo de Kelsen tem como foco os conceitos de maioria e minoria no Parlamento, bem como o conceito de compromisso, que consiste no afastamento do que os divide e na união do que os aproxima. Na ausência do compromisso, para que se encontre uma resposta, será analisado o segundo estudo de Kelsen, com foco no controle de constitucionalidade, no papel político da Constituição e nos direitos das minorias. No segundo capítulo, cuja metodologia continua a ser revisão de literatura, serão confrontadas a constitucionalidade brasileira e a teoria do Constitucionalismo Democrático, de Reva Siegel e Robert Post. Esta teoria analisa a relação entre movimentos sociais e tribunais constitucionais, mas em um contexto de *common law*, pelo que será necessária uma adaptação ao cenário brasileiro. No terceiro capítulo, cuja metodologia é, além da revisão de literatura, também análise de dados e estudo de caso, é proposta uma crítica à teoria liberal clássica da representação parlamentar, a partir de novas teorias que consideram os movimentos sociais como representativos. Será analisada a história do movimento social LGBTI+ no Brasil, iniciado nos anos de 1960. Serão analisados dados e metadados estatísticos acerca da vida da população LGBTI+ no país. Um estudo de caso - um *leading case* do Supremo Tribunal Federal a respeito da criminalização da LGBTfobia - mostrará a consolidação da atividade dos movimentos sociais, que reivindicam direitos consagrados em teoria e negados na prática. Por fim, na conclusão será realizada uma agenda propositiva para o movimento LGBTI+. O estudo é relevante para demonstrar que a interpretação de direitos pelo judiciário a partir da provocação dos movimentos sociais é legítima, uma vez que a representação não ocorre só no Parlamento: os movimentos sociais podem ser considerados como também representativos.

Palavras-chave: Criminalização da Homofobia, Direito Constitucional, Direitos das Minorias, Direitos LGBTI+, Kelsen.

ABSTRACT

The objective of this paper is to propose a theory of Social Constitutionality that legitimizes the STF's interpretation of the rights of the LGBTI+ population, in the face of a legislative stoppage, based on the demands of social movements. In view of the Brazilian panorama, as the country is common law, it is expected that rights are created by laws in Congress. However, with the strength of opposing movements, these rights are conquered by decisions of the STF, leading to a country specificity in which there are advances in rights, without advances in legislation. This is not judicial activism, but a constitutional interpretation by the STF. The work will be divided into three chapters. In the first chapter, whose methodology is a literature review, concepts developed by Kelsen in two studies will be analyzed, namely: The problem of Parliamentarianism (1924) and Who should be the guardian of the Constitution? (1931). Kelsen's first study focuses on the concepts of majority and minority in Parliament, as well as the concept of compromise, which consists of moving away from what divides them and uniting what brings them together. In the absence of commitment, in order to find an answer, Kelsen's second study will be analyzed, with a focus on constitutionality control, the political role of the Constitution and the rights of minorities. In the second chapter, whose methodology continues to be a literature review, Brazilian constitutionality and the theory of Democratic Constitutionalism, by Reva Siegel and Robert Post, will be confronted. This theory analyzes the relationship between social movements and constitutional courts, but in a common law context, so an adaptation to the Brazilian scenario will be necessary. In the third chapter, whose methodology is, in addition to literature review, also data analysis and case study, a critique of the classical liberal theory of parliamentary representation is proposed, based on new theories that consider social movements as representative. The history of the LGBTI+ social movement in Brazil, which began in the 1960s, will be analyzed. Statistical data and metadata about the life of the LGBTI+ population in the country will be analyzed. A case study - a leading case of the Supreme Court on the criminalization of LGBTphobia - will show the consolidation of the activity of social movements, which claim rights enshrined in theory and denied in practice. Finally, at the conclusion, a purposeful agenda for the LGBTI+ movement will be carried out. The study is relevant to demonstrate that the interpretation of rights by the judiciary based on the provocation of social movements is legitimate, since representation does not only occur in Parliament: social movements can be considered as representative as well.

Keywords: Criminalization of Homophobia, Constitutional Law, Minority Rights, LGBTI+ Rights, Kelsen.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. HANS KELSEN: O COMPROMISSO DAS MAIORIAS COM AS MINORIAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	8
2.1. Modelo Teórico.....	8
2.2. Hans Kelsen	11
2.3. O Problema do Parlamentarismo.....	12
2.4. Teoria Pura do Direito.....	17
2.5. A Garantia Jurisdicional da Constituição	20
2.6. A Formação do Supremo Tribunal Federal	27
2.6.1. <i>O Papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil</i>	27
2.7. A Teoria de Kelsen e as Questões de Gênero	28
3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO	32
3.1. As Diferenças Entre o Constitucionalismo Legal e o Constitucionalismo Popular	32
3.2. Constitucionalismo Democrático na Explicação do Papel dos Movimentos Sociais	34
3.3. Constitucionalismo Democrático e o Contexto Brasileiro.....	44
4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN..	51
4.1. A Crítica à Representação de Pitkin, Ceticismo ao Sistema Atual	51
4.2. Os Movimentos Sociais e Associações na Democracia Deliberativa de Cohen ...	53
4.3. O Movimento LGBTI+ no Brasil	57
4.3.1. <i>Estatísticas Sobre a Vida da População LGBTI+ no Brasil</i>	61
4.4. A Defesa da Atuação do STF não Implica em Defesa do Ativismo Judicial	63
4.5. O Grande Êxito do Movimento LGBTI+: A Criminalização da LGBTfobia.....	66
5. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADO:	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CD:	Constitucionalismo Democrático
CRFB:	Constituição da República Federativa do Brasil
HIV:	Vírus da Imunodeficiência Humana
LGBTI+:	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Intersexuais e Outros Grupos que não se Sentem Parte Apenas do LGBTI
STF:	Supremo Tribunal Federal
TGEU:	Transgender Europe
TVT:	Transrespect versus Transphobia Worldwide

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil teve notória evolução nos direitos da população LGBTI+, sendo possível a utilização deste termo em decorrência das transformações graduais e progressivas na construção destas garantias. Sendo assim, por meio da ação e da provocação dos movimentos sociais, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve grande papel em sua solidificação.

Neste sentido, existem novos direitos que são interpretados por meio do Supremo Tribunal Federal. Em um país *civil law*, o esperado é que os direitos sejam criados pelo Congresso Nacional. Dessa maneira, a legitimidade dos novos direitos, sob a interpretação de juízes que não são eleitos diretamente pelo povo, pode ser questionada. É nesta seara que se dará o presente trabalho, analisando a legitimidade dos direitos LGBTI+ oriundos da interpretação do STF a partir da ação dos movimentos sociais. Estes direitos não possuem correspondente legislação, uma vez que existem direitos sem que o Direito esteja presente.

Será proposta uma teoria da Constitucionalidade Social, na qual defendo a existência de um compromisso (a partir dos princípios de Kelsen) entre majorias e minorias no parlamento, para que determinados temas sejam trabalhados. No entanto, na ausência deste ~~compromisso~~, os movimentos sociais devem direcionar sua estratégia e seus argumentos para o STF, com os objetivos de que o tribunal analise tais questões e que o debate seja estimulado na sociedade, para que o avanço na temática ocorra na jurisprudência e no contexto social. Sendo assim, os novos direitos devem surgir a partir da interpretação da Corte a respeito das normas, da Constituição e dos direitos e das garantias fundamentais, com base na ação dos movimentos sociais.

A teoria defendida neste trabalho não tem o propósito de argumentar em favor de um ativismo judicial, que traz a atuação dos juízes fora do escopo da CRFB. Ao contrário, defende-se a aplicação da Constituição e das leis, no entanto, com uma interpretação extensiva de direitos e garantias para a população LGBTI+ pelo STF.

Para a construção dos direitos LGBTI+, o papel dos movimentos sociais foi de suma importância, uma vez que fazia-se notável a inércia do poder legislativo na análise das propostas em benefício desta minoria. De tal maneira, a solução encontrada pelos movimentos, não só no Brasil, foi procurar o Poder Judiciário para que seus direitos fossem garantidos.

Assim, para que se compreenda o papel do STF na interpretação dos novos direitos, será analisada a teoria de Kelsen em dois textos, sendo o primeiro é *O problema do*

Parlamentarismo, de 1924, e o segundo, *Quem deve ser o guardião da Constituição*, de 1931. Ambas as obras têm enfoque no conceito e na proteção das minorias.

No primeiro estudo, Kelsen discute e analisa algumas questões acerca do parlamentarismo, buscando demonstrar que essa instituição pode ser a única forma de se efetivar uma democracia. No Parlamento, ocorre a formação da vontade normativa do Estado, por meio de um órgão colegiado eleito pelo povo, democraticamente, com base no sufrágio universal e igual para todos, conforme princípio da maioria.

Em seu trabalho, o autor esclarece que a liberdade no Parlamento tem sua força primitiva limitada e possui dois sustentáculos: o princípio da maioria, que é a renúncia à exigência de unanimidade para que seja possível a organização social; e a divisão diferencial do trabalho, em que a vontade é indireta. A democracia, no entanto, não tem funcionamento possível com vontade direta, apenas indireta. Assim, existe uma ficção de representação em que o parlamento é representante do povo, mas a vontade nele criada não é, em absoluto, a vontade criada pelo povo. A vontade da população se manifesta no voto (Kelsen, 2000, p. 113).

Um dos pontos de destaque para este estudo é quando Kelsen mostra que o parlamento funciona com o princípio da maioria, mas, no entanto, não discorre que a minoria deve estar sujeita e dominada pela maioria. São livres apenas os que pertencem à maioria, uma vez que sua vontade determina a direção da ordem social. Entretanto, de maneira semelhante, os pertencentes à maioria não são totalmente livres, uma vez que, se mudarem alguma das ideias que os unem àquele grupo, deixam de pertencer e ele e devem buscar outra maioria que lhes acolha (Kelsen, 2000, p. 127).

Neste sentido, concomitante à existência de uma maioria, pressupõe-se que haja, também o seu direito de existir. Como será visto durante o estudo, o princípio da maioria cria a possibilidade de um compromisso entre a maioria e a minoria, este compromisso consistindo em ignorar o que divide e valorizar o que une. Dessa maneira, maioria e minoria devem conceder nessa troca, até que cheguem a um acordo. A essência do procedimento parlamentar, na visão de Kelsen, é, então, o procedimento antitético-dialético, em que a apresentação da tese e a oposição da antítese geram uma síntese (Kelsen, 2000, p. 129).

Ao analisar o referido trabalho de Kelsen, há inúmeras críticas e observações do autor que poderiam ser aplicadas a um estudo do parlamento brasileiro (em casos como a imunidade parlamentar e o corporativismo), no entanto, o presente estudo terá foco na questão de maiorias e minorias. Sob essa ótica, o Brasil, um país violento para a população LGBTI+, mostra uma inércia legislativa na análise das proposições em favor das minorias. O autor, no entanto, não deixou claro em seu texto qual seria o resultado da ausência de compromisso entre maioria e

minorias, que é o que ocorre no cenário brasileiro em relação a qualquer discussão acerca de costumes.

Neste sentido, podemos inferir que a resposta a esta questão está em outro trabalho de Kelsen, o texto *Quem deve ser o guardião da Constituição*, de 1931. Nesse trabalho, o autor apresenta uma nova teoria, na qual o guardião da constituição deve ser um tribunal à parte das cortes judiciais, o Tribunal Constitucional. Para melhor compreender sua tese deve-se remeter a sua obra *Teoria Pura do Direito*, de 1934, em que há o estudo de conceitos essenciais à ciência do direito, como norma, validade e eficácia. Ao explicar essas concepções, Kelsen apresenta a norma fundamental, pressuposta, que é a condição lógico-transcendental para que se interprete o sistema jurídico. Sendo assim, ele utiliza a teoria de seu aluno Adolf Julius Merkl, a estrutura escalonada da ordem jurídica. Tal modelo explica que, na aplicação do direito, existem os atos condicionado e condicionante e que a Constituição é o topo da pirâmide, não sendo limitada por nenhuma outra norma, uma vez que tem a atribuição de permitir a elaboração dos atos de criação e aplicação do direito. Assim posto, a ordem jurídica se inicia na Constituição e vai até os atos administrativos e as decisões judiciais (Dias, 2010, p.99).

Vale destacar que, para Kelsen, uma Constituição que não tenha garantias de sua aplicação e da anulabilidade de atos que sejam contrários às suas disposições não se mostra obrigatória. Ainda, em continuidade ao pensamento já exposto, observa-se que a justiça constitucional, ao garantir a constitucionalidade formal e material das leis, protege as minorias contra os exageros da classe majoritária. Por esse motivo, a revisão da Constituição só se dá com maioria qualificada. O autor também afirma que todas as minorias -sejam elas de classe, nacionais ou religiosas - que tenham interesses garantidos na Constituição têm também interesse na constitucionalidade das leis, dado que a democracia não é a garantia de todas as vontades da maioria, mas, sim, a representação, no Parlamento, das maiorias e das minorias, do que decorre a paz social. Deste modo, a justiça constitucional deve servir de instrumento para que se evite uma ditadura da maioria (Kelsen, 2003, pp. 126 – 128).

Em sequência, será apresentada a teoria do constitucionalismo democrático, que traz uma análise mais atual da relação entre sociedade e Tribunais Constitucionais e que poderá contribuir para a compreensão de como o debate e a conquista de direitos do movimento LGBTI+ se dão na sociedade brasileira. Todavia, esta teoria tem como objeto de observação o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, um país de tradição *common law*, sendo o Brasil um país de tradição *civil law*, é de suma importância que se diferencie e se adapte esta teoria quando utilizada para analisar o cenário nacional.

Para Reva Siegel e Robert Post, responsáveis pela teoria, o CD se concretiza quando os movimentos colocam em debate na Suprema Corte um tema de grande importância, para que ocorra grande repercussão e ele seja debatido pelo judiciário e pela sociedade. No entendimento dos autores, a sociedade vive em desacordos profundos, e há casos em que as cortes são chamadas para solucionar as questões. A decisão judicial, no entanto, não representa o fim daquele debate, mas, sim, a ampliação da discussão, funcionando como catalisadora do debate público, uma vez que o povo é a autoridade final sobre os significados constitucionais. Igualmente, afirma-se que a oposição popular às decisões não retira a legitimidade da jurisdição constitucional, ao contrário, faz parte do processo de legitimação no ambiente democrático. (Post; Siegel, 2007, pp. 400 – 405).

Já no contexto brasileiro, que será estudado, pode-se observar que inúmeros autores, como Bahia e Silva (2013, pp. 77 - 78) e Balestero (2010, p. 191), afirmam que o Poder Legislativo, há anos, caracteriza-se por uma inércia na análise de quaisquer demandas referentes aos direitos das minorias sexuais e de gênero. Assim sendo, tal constatação demonstra a ausência do compromisso mencionado por Kelsen e, conseqüentemente, cria a obrigação do Supremo Tribunal Federal de proteger os direitos desses grupos, que, historicamente, são excluídos e discriminados pelo Estado.

Neste sentido é que são feitas as críticas à teoria liberal da representação, em que é fácil constatar que existe uma crise em democracias já consolidadas, por motivos como a ausência de comparecimento eleitoral, a desconfiança das Instituições e a crise nos partidos, que se insere diretamente na questão citada. Autores como Hanna Pitkin (2006, p. 43) rejeitam a democracia representativa, já outros, como Kelsen (2000, p. 112), que já foi visto, e, mais recentemente, Cohen (2000, p. 44), entendem que o regime pode ter êxito.

Neste trabalho, a posição adotada é a de que a democracia representativa constitui-se como uma forma efetiva de representar os eleitores, devendo, contudo, ser aperfeiçoada para que a concepção de legitimidade não seja apenas a dos eleitos pela população, mas, também a das ações provocadas pela população, por meio dos movimentos sociais.-Exemplo este que pode ser visto em uma democracia deliberativa-que compreenda o papel das associações e dos movimentos sociais como fundamental; para que o poder público seja legítimo.

É nesta seara que se estuda o movimento LGBTI+ no Brasil, que possui uma longa história, podendo ter como referência de seu início o ano de 1978, com a criação do Somos: Grupo de Afirmação Homossexual. Em consequência dos mais de 40 anos de luta, o movimento composto por vários grupos traçou uma estratégia de grande interesse, a busca de suas demandas junto ao Poder Judiciário (Green et al., 2018, p. 11).

Por meio do estudo do *leading case*, será visto que, pela omissão legislativa do parlamento, o movimento LGBTI+ buscou e obteve o reconhecimento de algumas de suas demandas pelo Poder Judiciário, como a criminalização da homofobia, em 2019. No entanto, critica-se o modelo representativo brasileiro vigente, por não trazer uma representação efetiva LGBTI+ no Congresso Nacional, de modo que não concilia de forma adequada o princípio da igualdade e o respeito às minorias.

O Brasil, pelo 13º ano consecutivo, está no topo do *ranking* dos países mais violentos para a população transexual, de acordo com o *Trans Murder Monitoring*¹. Tais dados mostram que, em 2020, 175 pessoas transexuais foram mortas no Brasil (TGEU, 2020).

Nesse sentido, a importância do estudo é clara: o fato de o Brasil ser o país que mais mata transexuais no mundo demonstra a ausência de igualdade e de garantias fundamentais para a população LGBTI+. Por isso, o objetivo principal deste trabalho é legitimar a interpretação de direitos pelo Supremo Tribunal Federal, pela ação dos movimentos sociais.

No Brasil, em regra, os direitos são criados pelo Congresso Nacional, assim, alguns grupos contrários fazem diversas críticas à ação do Supremo Tribunal e apresentam projetos de lei no Congresso para que os direitos criados sejam retirados. Deste modo, é fundamental que seja estimulado um debate qualificado acerca destas questões, em prol da demonstração da legitimidade dos novos direitos conquistados pela população LGBTI+.

Em um contexto em que o Poder Legislativo é inerte às demandas dos grupos citados os movimentos sociais, mesmo tendo encontrado várias dificuldades em seu percurso, trouxeram os temas a grande debate do Poder Judiciário e de toda a sociedade. Essas ações acabaram por resultar em uma conquista de direitos civis e reconhecimento do Princípio da Igualdade e Vida Privada.

A fim de atingir este objetivo principal, serão definidos alguns objetivos secundários, dentre deles compreender quais as funções do Supremo Tribunal Federal na Constituição e como seu papel é desempenhado; traçar um paralelo entre duas obras de Hans Kelsen; analisar a teoria do CD de Reva Siegel e Robert Post; criticar a teoria liberal da representação; analisar possíveis alternativas à democracia representativa vigente; compreender a história do movimento LGBTI+ brasileiro; estudar determinadas estatísticas e números sobre a realidade LGBTI+.

Será criticado o regime atual da CRFB, que não protege as minorias do modo adequado, sendo, também, analisado um *leading case* acerca da criminalização da homofobia.

¹ Observatório de Assassinatos Trans, tradução do autor.

A escolha deste caso dá-se por ser uma decisão recente, de 2019, e por ser uma das maiores conquistas da população LGBTI+, mesmo com índices de violência crescentes. Ressalta-se, assim, que é importante que os atos de homofobia ou transfobia tenham uma punição específica.

Neste estudo, para atingir os objetivos já mencionados anteriormente, será utilizada uma metodologia jurídico-teórica, por meio de revisão de literatura, análise de dados e metadados estatísticos, em particular os da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O trabalho será dividido em três capítulos, sendo a primeira base metodológica a revisão da literatura acerca do controle de constitucionalidade e a proteção de minorias. No primeiro capítulo, serão estudados os conceitos kelsenianos acerca de controle de constitucionalidade, sendo diferenciados das teorias de Schmitt e do modelo estadunidense, havendo, igualmente, detida atenção aos ensinamentos de Kelsen a respeito de maiorias e minorias e suas considerações sobre o Parlamentarismo.

No segundo capítulo, por sua vez, ainda em revisão da literatura, será analisada a teoria do CD, diferenciando-a dos constitucionalismos popular e popular mediado. Por ser uma teoria recente desenvolvida por Reva Siegel e Robert Post, especificamente sobre direitos das minorias, será estudada de modo a complementar o que foi estudado no primeiro capítulo, sendo a base do estudo dos próximos capítulos e principalmente do estudo do *leading case*.

Por fim, o terceiro capítulo inicia-se com revisão bibliográfica, com uma crítica à teoria liberal da representação, e posteriormente, são estudadas possíveis alternativas, como a democracia deliberativa, desenvolvida por Cohen, que reforça a função dos movimentos sociais. Com esta base consolidada, a fim de demonstrar as consequências da ausência do compromisso entre a maioria e a minoria, será apresentada a história do movimento LGBTI+ no Brasil e realizada uma análise de dados e metadados, com estatísticas acerca da condição de vida da população LGBTI+ no Brasil. Ainda, será utilizada a base metodológica de análise crítica de documentos jurídicos, sendo estudada, também, a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da criminalização da homofobia (Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26).

Assim, feita uma análise detida a respeito da história, da doutrina, da legislação, da jurisprudência e de algumas estatísticas, seguirá a conclusão, em que será feita a defesa da legitimidade da interpretação extensiva do STF de acordo com as reivindicações dos movimentos sociais, dos avanços conquistados pela população LGBTI+ em sua trajetória de luta por direitos e conquista de cidadania. Parte-se dos paradigmas de que a democracia representativa, tal como posta, não é suficiente, sendo necessária a ação dos movimentos sociais, bem como de que a decisão judicial é o ponto final perante o Estado formalmente.

INTRODUÇÃO

Ressalta-se, no entanto, que ela é o ponto inicial do debate na sociedade, conforme o estudo de Siegel e Post, ocupando, igualmente, o posto de catalisadora do debate, sendo que os significados constitucionais são construídos coletivamente e progressivamente, à medida que a sociedade requer mudanças e se organiza para atingir seus objetivos.

2. HANS KELSEN: O COMPROMISSO DAS MAIORIAS COM AS MINORIAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. Modelo Teórico

O presente trabalho se inicia a partir da preocupação com o grupo LGBTI+ no Brasil, que não é protegido pelo Congresso Nacional e requer a ação dos movimentos sociais para a garantia de seus direitos.

De início, é importante esclarecer o que significa a sigla LGBTI+, que será utilizada ao longo deste trabalho. Nos anos de 1990 surgiu a primeira sigla, denominada de GLS (gays, lésbicas e simpatizantes) que incluía os heterossexuais que apoiassem a causa. Posteriormente a sigla passou a GLBT (gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros) e por fim passou a LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros), pela desigualdade de gênero das mulheres. Hoje, existem divergências de qual seria a sigla correta, neste trabalho será adotada a sigla LGBTI+, a letra i refere-se aos intersexuais e o sinal mais (+) são as outras pessoas que fazem parte do movimento (q – queer, expressão utilizada para estranho em inglês, a – assexuais, p – pansexuais, polissexuais ou pessoas não binárias) e também as pessoas que não se sentem representadas pelas outras letras da sigla (Facchini; Lins, 2019, p. 57). A escolha se dá por ser uma sigla mais simples, que possui perspectiva de ser mais conhecida e compreendida pela população em geral

Para compreender adequadamente o fenômeno estudado, pretendo propor a defesa de uma teoria da constitucionalidade social, esta teoria utilizará alguns conceitos fundamentais das teorias de Kelsen, teoria do Constitucionalismo Democrático (Reva Siegel e Robert Post) bem como das críticas a teoria da representação de Pitkin e Cohen.

A base filosófica desse trabalho assenta em Hans Kelsen, um dos maiores teóricos do século XX, que em sua teoria democrática apresenta como elemento fundamental do funcionamento do parlamento o compromisso entre as maiorias e as minorias, para que as minorias não sejam dominadas pela maioria.

Em específico, ao observar o contexto brasileiro em que a conquista de direitos LGBTI+ ocorre apenas por ações no STF, com a omissão do Congresso Nacional que não trata de nenhum dos projetos acerca dos direitos deste grupo, é evidente a ausência do compromisso no parlamento brasileiro.

Posta esta questão, entendo que em situações em que não existe este compromisso, a resposta é encontrada também na teoria de Kelsen, que seria o Tribunal Constitucional, o qual

possui em suas funções primordiais a garantia dos direitos das minorias e de sua proteção em face dos abusos das maiorias.

Na teoria de Kelsen, a legitimidade do Tribunal Constitucional para a sua função está na figura de que é um legislador negativo, sendo os juízes nomeados por representantes dos eleitores.

É imprescindível ressaltar que as teorias de Kelsen não tratavam naquele momento de questões da população LGBTI+, contudo suas contribuições para uma teoria democrática são de considerável deferência, pelo que podemos utilizá-las como escopo e como fundamento para o contexto atual.

Tendo estes direitos sido consolidados pelo STF no Brasil, um país de *civil law*, em que as leis são produzidas pelo Congresso Nacional, qual a legitimidade destes novos direitos criados a partir da interpretação de juízes e não por representantes votados pelo povo, mas por juízes nomeados pelo presidente da República?

Esta questão norteia o presente trabalho, uma vez que alguns grupos podem se opor a interpretação destes direitos, com argumento de que seria ativismo judicial ou de que o STF não os pode criar.

Este trabalho não defende o ativismo judicial, porém entende que existe uma judicialização de questões importantes para a sociedade, sendo que o STF não deve agir com ativismo ou militância, porém deve responder às questões colocadas pela sociedade com base na Constituição e nos direitos e garantias fundamentais.

Em sequência, entendo que é importante observar não apenas o papel do STF na interpretação dos direitos das minorias, mas o diálogo do tribunal com a sociedade e movimentos sociais, bem como o impacto da ação e argumentos dos movimentos sociais em suas decisões.

À vista disso, será estudada a teoria do Constitucionalismo Democrático de Reva Siegel e Robert Post, na qual compreende-se a importância dos dissensos sociais e conflitos para a decisão do Tribunal Constitucional.

A teoria do CD compreende que a autoridade da constituição depende também de sua legitimidade democrática, de modo que a ação dos movimentos sociais é de suma importância para a compreensão da influência da população na mudança e atribuição de significados constitucionais.

Portanto, para o modelo de análise que proponho neste trabalho, o CD fornece dois elementos fundamentais que podem ser utilizados, que é a ação dos movimentos sociais nos

tribunais superiores e importância do conflito acerca de uma temática na sociedade e o tratamento dados pelos movimentos sociais a estas questões.

Entendo que a teoria do CD demonstra a legitimidade das decisões da Suprema Corte baseada no diálogo entre os juízes e os sujeitos políticos e movimentos sociais.

De igual importância, faço uma crítica à teoria clássica da representação, em que serão utilizados os conceitos de Pitkin e Cohen. É evidente que existe uma crise da representação, em democracias já consolidadas, por motivos diversos, como a ausência em eleições, a desconfiança dos cidadãos nas instituições e a crise partidária. A primeira autora, Hanna Pitkin possui uma crítica conhecida, em que rejeita a democracia representativa. Já Cohen, apresenta uma teoria que possui valiosas contribuições, entendo que sua teoria contribui para uma constitucionalidade social, uma vez que a democracia representativa pode ter êxito, contudo, desde que haja maior importância e legitimidade dos movimentos sociais e associações, como uma democracia deliberativa, que legitima o poder público a partir dos movimentos sociais, haja vista que uma decisão legítima deve ter como base a participação dos cidadãos livres e iguais.

Em síntese, para uma constitucionalidade social, a legitimidade dos direitos LGBTI+ interpretados pelo STF tem seu fundamento na Constituição, nos direitos e garantias fundamentais e na ação dos movimentos sociais. Inicialmente, pela função do tribunal como o legislador negativo de Kelsen. No intercâmbio entre juízes, sujeitos políticos e movimentos sociais do Constitucionalismo Democrático e na democracia deliberativa de Cohen, em que as associações e movimentos sociais são representativos, principalmente por estarem mais próximos dos grupos excluídos e marginalizados.

Tendo em conta a esfera conceitual demonstrada, podemos adentrar a esfera conjuntural para que se compreenda a proposta do estudo, no Brasil existe um movimento social do grupo LGBTI+ que surgiu no final dos anos de 1970 e possui intensa luta por conquista de direitos e igualdade.

Todavia, o contexto social é bastante delicado, pois o país pelo décimo terceiro ano consecutivo está no topo do *ranking* dos países mais violentos para a população transexual (TGEU, 2020).

Mesmo sendo um país com violência, discriminação e desigualdade da população LGBTI+, o Congresso Nacional não consegue obter o compromisso kelseniano, ou seja, não existe acordo entre maioria e minoria nesta temática, gerando um vácuo de regulamentação, em que a população LGBTI+ não tem direitos e nem proteção contra discriminação.

Neste sentido existe uma assimetria, uma disparidade, entre legislação e jurisprudência, de modo que a jurisprudência se torna mais avançada que as leis.

Assim, inspirado pelas ideias de Kelsen, do CD e das críticas à teoria liberal da representação, entendo que deve ser defendida uma constitucionalidade social dos temas, em que a legitimidade dos novos direitos está lastreada na representação dos movimentos sociais.

Isto é, defendo que deve existir o compromisso, a partir da teoria de Kelsen, entre maiorias e minorias no parlamento para que determinados temas sejam trabalhados, no entanto, na ausência deste, os movimentos sociais devem direcionar sua estratégia e argumentos para o STF, com objetivo de que o tribunal analise suas questões e que o debate seja estimulado na sociedade, para que o avanço na temática ocorra na jurisprudência e no contexto social. Sendo que os novos direitos criados pela interpretação do STF possuem legitimidade na Constituição, direitos e garantias fundamentais, bem como na ação dos movimentos sociais.

Portanto, defendo que os movimentos sociais, em especial o movimento LGBTI+ no Brasil possuem legitimidade para a defesa e garantia de direitos e igualdade.

2.2. Hans Kelsen

Hans Kelsen é um dos nomes mais importantes da Filosofia do Direito e do Positivismo Jurídico, tal fato deve-se à sua importante contribuição para a ciência do direito.

Vale ressaltar que o estudo da obra de Kelsen, por muitas vezes, não é realizado do modo adequado, dado que os conceitos da teoria pura do direito são bastante complexos e muitas vezes não são facilmente compreendidos, assim, mostra-se pertinente para este trabalho que os conceitos da teoria pura do direito sejam estudados em uma perspectiva voltada à realidade e não apenas a uma visão teórica².

Alexandre Bahia (2004), afirma em seu artigo *Controle concentrado de constitucionalidade: o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt* que ao contrário do que muitos defendem, Kelsen não foi um teórico que ignorou a realidade e os seus problemas, em verdade, ele foi um publicista que defendeu a democracia e a formação plural e democrática das leis no Parlamento. É com este viés que as teorias de Kelsen devem ser lidas (Bahia, 2004, p. 89).

Neste sentido, alguns dos conceitos da Teoria Pura do Direito que serão estudados neste trabalho, estão voltados ao estudo do Parlamento, da Constituição e da garantia da

² Para uma leitura inicial da obra de Kelsen, recomenda-se o livro: Para entender Kelsen, de Fábio Ulhoa Coelho.

Constituição, para que se entenda a formação do sistema jurídico constitucional brasileiro e sua relação com a consolidação dos direitos LGBTI+, por ação dos movimentos sociais.

Este capítulo utiliza a metodologia qualitativa por revisão de literatura, está dividido em 4 partes. Em uma primeira parte do texto será estudado o artigo *O problema do Parlamentarismo* (1924), após serão vistos os conceitos básicos de Kelsen, como Constituição, sistema jurídico, ordem jurídica escalonada e norma. Na terceira parte será estudado o texto *A Garantia Jurisdicional da Constituição* (1931), com foco no conceito da garantia da Constituição para Kelsen. A quarta parte estuda a formação do STF e por fim, o capítulo propõe uma análise da relação dos movimentos sociais no Supremo Tribunal Federal brasileiro, para construção dos direitos LGBTI+ e a teoria de Kelsen.

2.3. O Problema do Parlamentarismo

Os Estados, historicamente, passam por transformações em seus regimes de governo, pode-se utilizar a metáfora de um pêndulo, em que nos Estados ora existe um sentido que aponta para um forte sentimento do povo que anseia pela democracia e em outros momentos estão no sentido oposto, em que há um forte sentimento antidemocrático por parte da sociedade (Avritzer, 2018, p. 278).

Kelsen inicia o texto *O problema do Parlamentarismo* de 1924, evidenciando esta questão, quando menciona que a luta contra a autocracia que ocorreu nos séculos XVIII e XIX foi uma luta a favor do parlamento, o qual representa o povo na criação da organização social, acabando com o monarquismo absolutista. Neste sentido, ocorreram grandes conquistas através da instituição parlamentar, que era vista como a possibilidade de novos progressos políticos. No entanto, no período em que Kelsen escreveu seu texto, afirmava que não existia propriamente uma crise do parlamentarismo, eram feitas críticas por partidos de extrema direita e extrema esquerda ao princípio parlamentar, tencionando a um regime ditatorial ou uma organização corporativa. Havia o que o autor chama de “cansaço do parlamentarismo” (Kelsen, 2000, p. 111).

Em sua concepção, as críticas ao parlamentarismo que ocorriam desde o século anterior eram naturais e esperadas, por terem ocorrido no período das monarquias constitucionais. Parlamento e democracia são diferentes, pode existir uma democracia sem um parlamento (democracia direta), o que era praticamente impossível de se efetivar. Contudo, frisa em seu estudo que o parlamentarismo pode ser o único modo de uma democracia ser

efetivada, de maneira que naquele momento, a rejeição ao parlamentarismo poderia ser a rejeição da democracia (Kelsen, 2000, p. 112).

Para Kelsen o parlamento cria a vontade normativa e organização social do Estado, que ocorre por “um órgão colegiado eleito pelo povo com base no sufrágio universal e igual para todos, isto é, democraticamente, portanto segundo o princípio da maioria” (Kelsen, 2000, p. 113).

O princípio que está na essência do Parlamentarismo é a liberdade, como a autodeterminação democrática. Com o contexto de luta contra as autocracias, a luta pelo parlamentarismo foi a luta pela liberdade, assim para Kelsen as críticas a esta organização eram injustas, uma vez que quando o sujeito já se encontra em um ambiente de liberdade, baseada no parlamento, acredita que pode renunciar a liberdade como norma fundamental da política. Entretanto, a ideia de liberdade, pode remeter à uma liberdade primitiva, anterior ao Estado de Direito, que tem em sua essência o que não é social e, portanto, o que não é político, assim a liberdade em um Estado deve se adaptar e segundo o autor, se homogeneizar com diferentes elementos, o que pode trazer novos limites (Kelsen, 2000, p. 113).

Quando existe um parlamento, a liberdade é limitada por um duplo fator, o primeiro é o princípio da maioria, uma vez que para ser possível qualquer espécie de organização social, há renúncia à exigência de unanimidade para as decisões, preterida pela formação de vontade no parlamento. Em decorrência a formação de vontade no parlamento, verifica-se o segundo fator, a criação da vontade é indireta, não é feita diretamente pelo próprio povo, mas por um parlamento eleito pelo povo. Neste ponto, para Kelsen a liberdade associa-se com a divisão do trabalho, limitando sua força primitiva (Kelsen, 2000, p. 114).

Aqui, neste texto surge pela primeira vez o conceito de compromisso, no contexto da criação de vontade indireta, que neste caso deve ocorrer entre o princípio democrático da liberdade e o princípio da divisão diferencial do trabalho, uma vez que a ideia de democracia direta se apresentava como uma ideia primitiva, já que quanto maior é o povo, mais difícil é de formar uma vontade direta pela coletividade. Por isso, existe a ficção da representação, conceito de que o parlamento é o representante do povo e que o povo só pode manifestar sua vontade no parlamento e por meio do parlamento. Todavia, vale ressaltar que o parlamento é em sua função juridicamente independente do povo, ou seja, a vontade do parlamento não é necessariamente a vontade do povo, pois os representantes eleitos constroem a vontade normativa do Estado a partir dos debates e do procedimento parlamentar, é neste sentido que na independência do parlamento ao povo, para Kelsen, é que surge o primeiro parlamento moderno verdadeiro. A

ficção da representação legitima o parlamento quando se observa pela soberania popular (Kelsen, 2000, p. 115).

A esta concepção, serão vistas algumas críticas e ideias diferentes posteriormente neste trabalho, uma vez que o povo não manifesta sua vontade apenas por meio do parlamento, mas também por meio de organizações da sociedade civil, como as associações e os movimentos sociais.

Não eram feitas as críticas a ficção da representação nos regimes de monarquias absolutas, uma vez que o parlamento era o meio para que o povo comesse a ter sua vontade expressa na formação de vontade do Estado. No entanto, já nos períodos das primeiras assembleias a crítica começou a ser realizada. Para Kelsen a natureza do parlamentarismo não recorre essencialmente da ideia da ficção da representação, porém em verdade ao seu valor, como um meio técnico e social para criação da organização do estado, ou seja, o parlamento é um “compromisso entre a ideia absoluta de liberdade política e o princípio da divisão diferencial do trabalho” (Kelsen, 2000, p. 116).

Este é um ponto que deve ser visto com atenção, pois Kelsen demonstra claramente que sua teoria é adepta ao parlamentarismo, no entanto, que o parlamento não é uma instituição perfeita, mas que é passível de críticas e que devemos observar seu valor e essência no fato de ser um dos únicos meios possíveis para que a democracia ocorra, uma vez que em relação e meios técnicos, a democracia direta não se mostrava possível.

Deve-se observar com detido cuidado esta etapa do estudo kelseniano, em que afirma ser impossível a criação direta da vontade do Estado pelo povo, no entanto, Kelsen compreende que isso não impede uma participação mais ativa da população no Poder Legislativo, que não se limita apenas ao momento da eleição. Em sua concepção, o referendo seria uma opção interessante para que se combatesse o argumento de alienação do povo no Parlamentarismo, sendo necessário à sustentação desta instituição. Deste modo, os políticos deveriam conhecer o instituto do referendo constitucional e o referendo legislativo, sendo preferível que o povo votasse sobre a deliberação parlamentar do que sobre a lei já promulgada e vigente. O referendo ocorreria em algumas situações, como conflito das duas Câmaras, proposta do Chefe de Estado, ou proposta de minoria qualificada. Se a resposta popular fosse contrária à decisão do Parlamento, impor-se-ia sua dissolução, com formação de um novo Parlamento através de eleições (Kelsen, 2000, p. 117).

De igual importância em seu estudo é a iniciativa popular, em que um número de cidadãos poderia apresentar uma proposta de lei e o Parlamento seria obrigado a passar por tramitação. Indo além, Kelsen afirma que este instituto poderia ser ampliado, de modo que o

povo pudesse apresentar não apenas projetos de lei, mas também indicações de diretrizes gerais, ou seja, sugestões para orientar a atividade do Parlamento (Kelsen, 2000, p. 117).

Para Kelsen, existe uma antítese formada por maioria e minoria na sociedade, que só pode ser resolvida através da democracia parlamentar, neste ponto, apresenta várias críticas ao regime corporativista que era proposto naquele período (Kelsen, 2000, p.122).

O parlamento se fundamenta em dois princípios, o primeiro da criação não direta da vontade estatal e o segundo é o da maioria, o qual Kelsen entende que se deve ter atenção, já que a criação da vontade estatal pelo parlamento advém do compromisso entre o princípio da liberdade e o princípio da divisão diferencial do trabalho.

A liberdade corresponde a autodeterminação política, então para criação da ordem social, seria necessária a vontade concordante de todos os sujeitos, assim o sujeito só é considerado em tal ordem enquanto tiver a mesma vontade que manifestou anteriormente. Assim a democracia promove a ordem social por deliberações majoritárias, a democracia é formada com uma semelhança a liberdade e não sua efetivação completa (Kelsen, 2000, p. 127).

A liberdade na democracia, diferente da liberdade primitiva, é um valor essencial e estabelece que a autodeterminação da própria vontade implica em verificar se um sujeito é ou não livre, por isso, quando existe o princípio da maioria, são livres apenas os que pertencem a maioria, dado que sua vontade determina a ordem social, mas quem está na maioria não é autor da própria vontade, uma vez que quando muda de vontade, só volta a ser livre quando encontra uma nova maioria a pertencer. Dessa forma o princípio da maioria absoluta é o que mais se aproxima da ideia de liberdade, pois se para uma decisão fosse exigido menos que a maioria absoluta, poderia ocorrer o fenômeno de que a vontade estatal em sua criação estivesse em oposição ao maior número de vontades individuais, gerando maior número de pessoas não livres, que não estariam de acordo com a ordem social criada. Se fosse exigido mais do que a maioria absoluta, como a maioria qualificada ou de dois terços, uma minoria em oposição poderia conseguir criar vontade estatal. O princípio da maioria não leva a liberdade a todos os indivíduos, mas ao maior número deles (Kelsen, 2000, p. 128).

Este é um dos principais pontos do estudo de Kelsen para este trabalho, uma vez que o autor demonstra que a Democracia tem sua existência diretamente conectada à instituição Parlamentar, sendo valor essencial a liberdade dos indivíduos. Neste sentido, o Parlamento ao criar a organização social, aprova suas decisões pelos votos dos parlamentares, que podem se dividir em grupos de maioria e minoria.

A maioria pressupõe a configuração de uma minoria e por consequência seu direito de existência, resultando a possibilidade de uma proteção da minoria contra a maioria. É errônea

a ideia de que o princípio da maioria é um domínio incondicional sobre a minoria, pelo fato de existir, a minoria é capaz de exercer influência sobre a maioria e impedir a formação de sua vontade.³ Neste sentido, o princípio da maioria, ao circunscrever a sociedade em maioria e minoria, cria a possibilidade de um compromisso. Para Kelsen este compromisso é a “posposição do que divide os associandos em benefício do que os une”. As trocas e concordâncias são uma tolerância recíproca (Kelsen, 2000, p. 129).

Entretanto, nesta temática, o conceito de minoria para o presente estudo não pode ser compreendido apenas como a minoria de representantes no Parlamento, a minoria é compreendida como uma circunstância histórica que pode ser derivada de particularidades, como características físicas, religião, idioma, orientação sexual, etnia, dentre outros (Nour, 2009, p. 9).

Neste sentido, a minoria é um grupo social, que é estigmatizado pela sociedade e não é devidamente representado no Estado, sofrendo muitas vezes perseguições e não tendo equidade de direitos.

A equidade de direitos e a integração social só é possível mediante um compromisso, uma vez que o procedimento parlamentar tem o objetivo de encontrar uma vontade possível entre a maioria e minoria, estabelecendo as garantias necessárias para que os membros da maioria e da minoria possam se manifestar no debate. A essência do parlamento vem do procedimento antitético-dialético, contraposição de teses e antíteses que gera uma síntese, que é o compromisso (Kelsen, 2000, p. 129).

Depreende-se do estudo de Kelsen, que o Parlamento é o meio de se fazer a organização social do Estado e a sua vontade normativa, sendo constituído por representantes do povo. No entanto, existe uma ficção de representação, em que a vontade do Parlamento não reflete necessariamente a vontade dos eleitores. Dentre os representantes eleitos, existem grupos no Parlamento que constituem uma maioria e uma minoria, que devem coexistir e se relacionar com um compromisso, em que se afasta o que os divide e se considera o que os une.

Neste sentido, o que se constata é que a minoria não pode ser dominada pela maioria, uma vez que possui o direito de existir e ser representada no Parlamento, contudo, o que será visto acerca do Parlamento brasileiro é a ausência deste compromisso, mesmo existindo representantes da minoria no Parlamento, como deputados que defendem os direitos da população LGBTI+, não existe uma efetiva representação deste grupo, haja vista que os grupos

³ A minoria tem influência sobre a maioria, por exemplo quando faz obstrução no parlamento, questão que Kelsen discute em outro ponto de seu estudo (Kelsen, 2000, p. 131).

contrários não aprovam leis a favor deste grupo e apresentam projetos que retiram direitos já conquistados.

A questão preponderante nesta seara é: mediante a ausência deste compromisso, as minorias são dominadas pela maioria e não conseguem a efetivação de seus direitos? É em busca da resposta a esta questão que este estudo prosseguirá.

2.4. Teoria Pura do Direito

Seguindo pelos estudos de Kelsen, é importante entender alguns de seus conceitos fundamentais que estão na Teoria Pura do Direito. O autor compreende que as normas da ordem jurídica são uma forma de regular e condicionar a conduta humana, assim o cerne de sua teoria pura do direito não se encontra na norma jurídica de modo isolado, mas no sistema normativo. O Direito se constitui como uma ordem coativa, critério que o distingue de outras ordens sociais (Kelsen, 2000, p. 33).

Ao concluir que o direito é uma ordem normativa, que deve ser compreendido e estudado como um sistema de normas, Kelsen chega a uma questão crucial, o que fundamenta a unidade desta pluralidade de normas?

Esta pergunta é de grande intensidade, quando se imagina o ordenamento jurídico como um sistema complexo e interligado, tendo em vista que ao estudar o direito, há uma divisão em pequenos sistemas, uma vez que pedagogicamente é de melhor compreensão que se veja os ramos do direito em cadeiras diferentes, todavia, não é comum que se questione ao estudioso do Direito o que liga uma norma a outra em campos totalmente distintos.

Para Kelsen, “a norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada a competência de alguém” (Kelsen, 2000a, p. 6). Assim, em sua concepção, um ato comum se transforma em lícito ou ilícito não apenas pelo seu sentido próprio, mas pelo sentido objetivo ligado a ele, este sentido é dado pela norma, que opera como uma estrutura de interpretação.

Ao interpretar um determinado ato e verificar se se trata de um ato lícito ou ilícito, observa-se uma norma, esta norma pode ser denominada de norma paradigma, que recebe seu significado jurídico de outra norma.

Tendo em vista o que foi mencionado, ao se analisar um ato, observa-se a correspondência de uma norma com este ato, a norma é utilizada como um paradigma de interpretação, dando sentido jurídico àquele ato. Mas esta norma não tem sua validade de modo

isolado, dado que o fundamento de validade dessa norma está na validade de outra norma, designada de norma superior.

Este diagrama interpretativo não pode ser infundável, assim só se encerra na norma fundamental que será vista adiante.

Neste tocante, é de grande importância esta parte da obra de Kelsen, dado que em sua compreensão, uma norma inferior terá sempre o seu fundamento de validade em uma norma superior e isso terá o seu fim na norma mais elevada, a norma fundamental, que não é posta por uma autoridade, porém é pressuposta, assim sua validade não é derivada de outra norma, sua validade não é questionada (Kelsen, 2000a, p. 217).

Assim, o que constitui o fundamento de validade de uma pluralidade de normas e a unidade dessa pluralidade é a norma fundamental. Por isso, Kelsen entende que uma norma jurídica não tem sua validade vinculada a um conteúdo, mas sim a norma jurídica vale porque é criada de uma forma determinada, sendo que todo e qualquer conteúdo podem ser direito (Kelsen, 2000, p. 221).

Por conseguinte, neste ponto Kelsen coloca uma importante observação⁴ que evidencia uma coerência de sua teoria, dado que Kelsen era professor da Universidade de Colônia (*Universität zu Köln*) localizada na Alemanha, no entanto em 1933 foi afastado do cargo pela Lei de restauração do serviço público, após este episódio foi para Genebra e em 1936 assumiu a cátedra da Universidade Alemã de Praga, no entanto em 1938, por sofrer perseguições por sua ascendência judaica, foi obrigado a abandonar a Universidade, emigrando com sua família para os Estados Unidos em 1940.

Mesmo tendo sido afastado de seu cargo e obrigado a abandonar o seu país, por força do Estado totalitário alemão, Kelsen entendia que as medidas adotadas estavam na ordem jurídica dos Estados, o que demonstra coerência em sua teoria.

Neste sentido, para Kelsen a norma jurídica poderia ter qualquer conteúdo, os limites são limites da natureza, limites lógicos.

Todavia, sendo a norma fundamental que constitui a unidade da pluralidade de normas e o fundamento de validade das normas, Kelsen aponta a diferença entre as normas comuns e a norma fundamental. A norma fundamental é uma norma pressuposta e é a condição lógico-transcendental para que se interprete o sistema jurídico (Kelsen, 2000a, p. 225).

⁴ “Segundo o Direito dos Estados Totalitários, o governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados” (Kelsen, 2000a, p. 44).

2. HANS KELSEN: O COMPROMISSO DAS MAIORIAS COM AS MINORIAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ao explicar os conceitos fundamentais como norma, validade, eficácia, Constituição, Kelsen esclarece também a teoria da estrutura escalonada da ordem jurídica, criada originalmente por Adolf Julius Merkl, que elucida um importante ponto de que as etapas de aplicação do direito são ato condicionado e ato condicionante, a exceção da Constituição, que é o ápice da pirâmide, não surge condicionada por outra norma, possui uma função estática que permite a dinâmica dos atos de criação do direito. À luz desta teoria, a ordem jurídica se inicia com a Constituição e vai até os atos administrativos ou decisões judiciais (Dias, 2010, p. 8).

Ao adotar a teoria de seu aluno, Kelsen trouxe uma nova concepção à discussão que era feita à sua época, dado que o grande debate que ocorreu na era oitocentista foi sobre a separação entre a criação do direito e a aplicação do direito. A criação do direito era lei do parlamento, ato livre e soberano, conforme visto no texto *O problema do Parlamentarismo*, a instituição parlamentar foi de extrema importância no contexto do final das monarquias absolutistas.

Já a aplicação do direito, eram as sentenças judiciais e atos administrativos, atos vinculados e não soberanos. Ou seja, a estrutura pensada até aquele momento era de dois opostos, em que de um lado havia a criação da lei e do outro a aplicação da lei. Kelsen rompeu com este paradigma, ao imaginar uma estrutura complementar, a sua famosa pirâmide, em que a aplicação do Direito é simultaneamente a produção do Direito, como a lei, que é criação do direito tendo em vista que será o parâmetro dos regulamentos administrativos e das sentenças, no entanto é aplicação do direito quando se observa a norma fundamental.

Nesta perspectiva, Kelsen entendia que a Constituição em sentido material era a norma de escalão mais elevado na pirâmide do direito positivo, na qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais. Já em sentido formal a Constituição não tem só a produção de normas gerais, mas também outros assuntos politicamente importantes. As normas constitucionais não podem ser alteradas ou revogadas do mesmo modo que as normas infraconstitucionais, em seu entendimento a própria Constituição deve estabelecer um processo diferente para sua própria alteração (Kelsen, 2000a, p. 155).

Uma lei válida não pode ser contrária à Constituição, tendo em vista que a lei só é válida com fundamento na Constituição que estabelece o processo legiferante. Já a lei inválida também não é contrária à Constituição, dado que se não é válida, não é lei e não existe juridicamente (Kelsen, 2000a, p. 188).

Deve esta lei ser revogada por um processo especial previsto na Constituição, uma vez que a Constituição regula o processo de produção de normas e também estabelece o conteúdo de leis futuras, pois há uma preocupação do legislador constitucional de que a essência daquele

texto seja respeitada, por isso nas constituições é comum haver uma parte com princípios gerais, é um modo para que se controle a produção legislativa posterior. E como as normas constitucionais podem não ser sempre respeitadas, a Constituição deve dar competência a um com processo análogo ao processo judicial (excluído o órgão legislativo), um tribunal especial com competência de decidir a constitucionalidade de uma lei. Se esta competência não foi estatuída na Constituição, não haverá fiscalização da constitucionalidade das leis (Kelsen, 2000a, p. 188).

Este Tribunal tem competência de anular uma lei que considere inconstitucional, devendo ser um tribunal especial ou supremo a todos os tribunais. Se a competência de anular uma lei inconstitucional não for excluída da competência dos tribunais comuns, será feita por estes, o que se denomina atualmente de controle de constitucionalidade difuso. Assim, se um tribunal comum desaplicar a lei em um caso concreto, a lei continuará válida, só não será aplicada naquele caso concreto. Porém se o controle de constitucionalidade for reservado a um único órgão, este pode anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional em relação a todos os casos.

Para Kelsen, a competência de controle de constitucionalidade deve ser de um órgão supremo que põe normas globalmente eficazes. A norma que estabelece sua competência é pressuposta como Constituição válida.

2.5. A Garantia Jurisdicional da Constituição

Em continuidade a este tema, mas em outra obra, será estudado o texto de Kelsen chamado *A Garantia da Jurisdicional da Constituição* de 1931 (2003, p. 90-130). Este estudo é resultado de um dos debates mais importantes do século XIX, que ocorreu entre Kelsen e Carl Schmitt.

O momento político em que os estudiosos travaram o debate foi de grande tensão mundial, pois havia ocorrido a crise econômica de 1929 que afetou a República de Weimar, desta maneira, conforme afirma Herrera (1994, p. 196), o chanceler *Brüning* começou a governar por regulamentos a partir do artigo 48 da Constituição de Weimar, prerrogativa esta que lhe foi dada em casos de perturbações ou ameaças à ordem ou segurança pública, de modo que, a Constituição e seus limites eram uma discussão fundamental a ser realizada naquele instante histórico.

Schmitt⁵ discute que deve se diferenciar proteção e controle, sendo que os tribunais em geral fazem controle das leis, mas não proteção. Observa-se que o referido jurista não conseguia visualizar o controle constitucional de um tribunal, uma vez que entendia que tal situação poderia ocorrer apenas em um país como os Estados Unidos, em que toda vida política estava sob o controle dos tribunais.

Neste sentido, Schmitt afirma que como a Justiça Constitucional se trata de normas sobre normas, não haveria atividade de um juiz, mas sim de um legislador, se o modelo de Kelsen fosse admitido, ocorreria uma politização da justiça, o que poderia ainda enfraquecer a supremacia do Estado (Urbano, 2012, p. 41).

Schmitt compreende que sentença e lei eram atos totalmente diversos, sendo que o primeiro apenas aplicava o direito e o segundo apenas criava o direito, assim nenhuma lei poderia proteger outra lei (Bahia, 2004, p. 96).

Urbano (2012, p. 40) explica que para este jurista, o controle de constitucionalidade era questão política, pois ao defender a Constituição, se defende também o Estado, trava-se de questão eminentemente política.

Por fim, o núcleo da Teoria de Schmitt se concentra na figura do Estado de Exceção, sendo que o soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção, todo o ordenamento jurídico está baseado em uma decisão e não na Constituição. (Bahia, 2004, p. 98). Para Schmitt, o guardião da Constituição deveria ser o Presidente do *Reich*, uma vez que segundo a Constituição de Weimar, o *Reich* representava o povo (artigo 48), sendo uma instância neutra e superior (Bahia, 2004, p. 98). Ainda, o mesmo autor argumenta que Schmitt defende a teoria do *pouvoir neutre* de Benjamin Constant, sendo que os conflitos políticos podem ser resolvidos excepcionalmente a um órgão judicial que atribua pena ou por um terceiro acima dos litigantes, qual seja, o Presidente do *Reich*, que seria o único que poderia ser o guardião da Constituição, pois está acima de paixões partidárias (Bahia, 2004, p. 99). Frise-se que para Schmitt atribuir ao Tribunal Constitucional a tarefa de controlar os atos de acordo com a Constituição era paradoxal, pois seria o mesmo que atribuir um ato político a um órgão jurisdicional (Correia, 2016, p. 99).

Por sua vez, Kelsen⁶ possuía visão totalmente distinta do fenômeno, para ele a oposição entre criação e aplicação do direito não é absoluta e sim relativa, dado que cada

⁵ Acerca da obra de Schmitt, recomenda-se: Carl Schmitt Revisitado, e-book, Lisboa: ICJP, 2014.

⁶ Para compreender melhor o debate entre Kelsen e Schmitt: HERRERA, Carlos Miguel. La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 86, Octubre-Diciembre. 1994, p. 195-227.

patamar da ordem jurídica é produção do Direito, quando se compara ao patamar inferior e é aplicação do Direito quando se compara ao patamar superior. Deste modo, as garantias da Constituição são garantias de regularidade das regras subordinadas à Constituição, as garantias de constitucionalidade das leis.

Para entender como Kelsen imagina a garantia da Constituição, deve-se partir da estrutura hierárquica das normas (*Stufenbau*) e do conceito de Constituição para Kelsen, que seria a norma que regula a criação de leis, a base das normas jurídicas ou a base fundamental da ordem estatal (Kelsen, 2003, p. 92).

Por isso, para Kelsen é importante que se proteja a Constituição e sua estabilidade, diferenciando-a das normas legais, uma vez que a Constituição não é só uma norma “processual”, em verdade define princípios, orientações e limites para as leis que forem feitas, podendo uma lei ser inconstitucional por ter sido violado o devido processo legislativo ou por ter violado algum dos princípios constitucionais, devendo haver uma distinção clara em inconstitucionalidade material e formal das leis (Kelsen, 2003, p. 96).

A garantia constitucional não pode ser feita pelo próprio órgão que produziu o ato, o Parlamento não poderia ser obrigado a anular seus próprios atos, deve haver um órgão independente, um Tribunal Constitucional. Nesta parte de seu estudo, Kelsen disserta sobre as principais objeções à sua teoria, o que é uma mais valia, para se compreender o contexto da época e para efetuar uma comparação com o que defendia Schmitt. A primeira objeção tratada por Kelsen seria de que o Tribunal Constituição é incompatível com o parlamento, em seu entendimento, todo o processo legislativo está sujeito à Constituição e o poder judiciário e a administração estão sujeitos às leis, de modo que o postulado da constitucionalidade das leis é idêntico ao postulado de legalidade da jurisdição e administração.

A segunda objeção analisada decorre do princípio da separação de poderes, em que a anulação do ato legislativo por um órgão diferente do poder legislativo seria uma ingerência no poder legislativo. A esta objeção, Kelsen afirma que o órgão é organizado como um Tribunal, porém não exerce função jurisdicional, dado que a função jurisdicional cria normas individuais e a função legislativa cria normas gerais. Sendo que anular uma lei equivale a fazer uma norma geral com caráter negativo, não deixa de ser uma função legislativa, podendo-se afirmar que isto leva a uma distribuição do poder legislativo entre dois órgãos. Neste sentido, a justiça constitucional é uma reafirmação do princípio da separação de poderes (Kelsen, 2003, p. 108).

Para Kelsen, poderia se questionar a composição e nomeação dos membros do Tribunal Constitucional, por se tratar de uma função legislativa, no entanto afirma que a anulação ocorre em decorrência de aplicação de normas constitucionais, não há a liberdade

criadora de um parlamento, a atuação na justiça constitucional é de um legislador negativo, determinada pela Constituição. Sua função é similar a dos tribunais comuns, é aplicação do Direito e é criação do Direito em pequena escala, sendo uma função jurisdicional (Kelsen, 2003, p. 109).

Neste ponto, ao apresentar o termo de legislador negativo e o controle de constitucionalidade por um Tribunal, Kelsen inova no mundo jurídico, haja vista que o século XIX foi conhecido como o século das leis e pela era da codificação, principalmente entre os franceses. Já que grande parte dos países da Europa passaram por monarquias absolutistas, as leis eram a garantia do povo contra atos arbitrários dos monarcas, as leis eram a fonte do direito e a expressão da vontade geral, eram insindicáveis por natureza. Ocorre que, com uma mudança de contexto na Europa no século XX, houve a queda do dogma da soberania da lei, por exemplo, com os abusos praticados pela Alemanha nazista, amparados juridicamente. No entanto, para muitos estudiosos daquela época, ainda era difícil conceber que um Tribunal poderia invalidar as leis feitas pelo poder legislativo soberano, escolhido pelo povo.

Sobre os membros do órgão, Kelsen entendeu que não deveria ser um número grande, pois seria uma análise puramente jurídica a ser realizada, podendo haver na nomeação, uma parte de membros a serem eleitos pelo Parlamento em lista elaborada pelo Governo, ou uma parte de membros a serem eleitos pelo Governo com uma lista elaborada pelo Parlamento, devendo ser eleitos juristas profissionais. Ainda, para Kelsen poderiam as Faculdades de Direito ou uma comissão apresentar candidatos, para parte dos cargos ou ainda haver cooptação pelos próprios membros do Tribunal. Devendo ser excluídos membros do Parlamento e do governo (Kelsen, 2003, p. 110).

Já no que se refere a certos princípios gerais, que Kelsen denomina de “regras do direito natural” ou “normas superpositivas”, há uma importante reflexão feita pelo autor, quando afirma que se as regras são realizadas na Constituição ou outro escalão e são deduzidas do Direito positivo, são aplicadas junto com as regras jurídicas. No entanto, quando os princípios não são deduzidos do direito positivo, são meros postulados que não têm aplicação em sentido técnico. Muitas vezes as Constituições trazem esses princípios, como justiça, liberdade, igualdade, que para o autor são ideologias políticas que geram uma margem de interpretação extensa aos órgãos legisladores e jurisdicionais, de modo que na justiça constitucional, quando aplicados, podem gerar imenso perigo, já que ao se interpretar uma lei, são observados critérios como justiça ou equidade, os juízes do Tribunal Constitucional podem ter concepções diversas do legislador, o que poderia gerar uma interferência excessiva. Deste modo, a Constituição quando estabelece um Tribunal Constitucional, deve evitar a criação de

princípios abstratos e sem dedução direta no Direito positivo, deve ser um centro de distribuição de competências entre os centros de produção de normas e entre os poderes e não um grupo de princípios jurídicos indeterminados (Kelsen, 2003, p. 118).

O processo de controle jurisdicional de constitucionalidade poderia ser por ação popular, em que se questionaria leis e regulamentos, por iniciativa de qualquer pessoa, entretanto, Kelsen reconhece que este tipo de ação traria um excessivo número de ações ao Tribunal. Este fenômeno, em diferentes moldes, é visto hoje no Brasil com o grande número de recursos efetuados ao Supremo Tribunal Federal (Kelsen, 2003, p. 122).

Assim, Kelsen apresenta o entendimento de várias soluções possíveis, dentre elas apenas o controle abstrato, em que apenas algumas autoridades poderiam provocar o Tribunal Constitucional.

A solução de Kelsen que se destacou foi a do que hoje é denominado de reenvio prejudicial, em sua percepção, seria positivo aproximar o Tribunal Constitucional de uma ação popular, podendo as partes terem acesso pelos tribunais judiciais ou administrativos, de modo que não haveria um direito de recurso dos particulares, mas a provocação de intervenção do Tribunal Constitucional, se a autoridade do processo (judicial ou administrativa) concordasse com este facto. O reenvio prejudicial foi de grande importância, pois trouxe a comunicação das decisões do Tribunal Constitucional com os tribunais comuns (Kelsen, 2003, p. 123).

Kelsen afirma que seria importante que uma minoria qualificada do Parlamento pudesse interpor recursos contra as leis, dado que a justiça constitucional tem a função de proteger as minorias (Kelsen, 2003, p. 124).

É relevante observar que o modelo de Kelsen predominou nos países da Europa, Amaral (2007, p. 18) verificou que mais da metade dos vinte e cinco Estados da União Europeia possuem Tribunais Constitucionais ou instituições similares, ainda revela outra reflexão de grande interesse, muitos países do Leste e Centro Europeu aderiram recentemente ao modelo de Tribunal Constitucional.

O modelo americano não foi planejado como o modelo kelseniano, foi estruturado em torno do Princípio da Unidade, ou seja, o intérprete final da Constituição é o poder judicial como um todo, não se separa juiz de direito ou juiz de direito constitucional. O poder judicial realiza as duas tarefas, a de interpretar e aplicar o direito infraconstitucional e a de interpretar e aplicar o direito constitucional, com consciência de suas diferenças. Há um poder-dever de todos os juizes analisarem a constitucionalidade das normas.

Já o modelo kelseniano se baseia no princípio da separação (e não no Princípio da Unidade), em seu entendimento que já foi exposto, as questões constitucionais são diversas das

questões comuns, devendo haver um monopólio de sua interpretação em um novo poder, o Tribunal Constitucional (que realiza o controle abstrato e principal, controle concreto e incidental), como as ações específicas ao Tribunal e o reenvio prejudicial.

Para Amaral (2007, p. 31) o mecanismo do reenvio prejudicial é a estrutura do modelo de Kelsen, dado que demonstra a separação de competências entre os juízes, os juízes comuns suspendem a instância e os juízes do Tribunal Constitucional analisam a questão de constitucionalidade da norma.

A este respeito, é de suma importância demonstrar a crítica apresentada pela professora Maria Lúcia Amaral (2007, p. 32), em sua concepção o modelo de Kelsen não é inteiramente aplicável por três razões, a primeira seria que os juízes comuns, mesmo nos Estados que acolhem o princípio da separação, decidem sobre a validade de normas, como na Holanda, os juízes não discutem sobre a inconstitucionalidade de normas, mas discutem se as normas de direito interno estão em acordo com as normas de direito internacional. Isso se deve ao fenômeno da internacionalização ou europeização do Direito, ou seja, mesmo um juiz comum é capaz de decidir sobre a validade de normas.

A segunda seria que mesmo o mecanismo do reenvio prejudicial não assenta a separação entre as duas jurisdições, dado que um juiz quando decide se fará a suspensão de instância, possui uma margem de apreciação sobre a constitucionalidade da norma, uma vez que se decide que não fará a suspensão, entende que não há dúvidas sobre a constitucionalidade da norma. O mecanismo do reenvio prejudicial é diferente nos países que adotam o modelo kelseniano, há países em que as partes decidem se farão o reenvio, há países que apenas o juiz decide, há uma gradação das formas do reenvio, no entanto, no entendimento da referida autora, não há como se falar em uma concentração pura do poder no Tribunal Constitucional, em sua opinião trata-se de “ficção”, pois não é possível eliminar o poder do juiz comum neste aspecto (Amaral, 2007, p. 33).

A terceira razão pela qual o princípio da separação não é verossímil no entendimento de Amaral, seriam as queixas constitucionais ou recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), um recurso particular dos privados dirigido ao Tribunal Constitucional por violação de direitos fundamentais contra atos do Estado, fazendo com que se misture a função do Tribunal Constitucional de justiça de normas sobre normas para uma justiça de casos (Amaral, 2007, p. 35).

Neste sentido, para a autora, o paradigma kelseniano não é aplicável inteiramente, dado que o objetivo de Kelsen era evitar a mistura de métodos da *commom law* na *civil law* e tal fato acabou ocorrendo.

Quanto ao significado jurídico e político da justiça constitucional, Kelsen entende que uma Constituição que não tenha garantias de sua aplicação e da anulabilidade de atos que são contrários às suas disposições, não se mostra obrigatória. Ainda, dá continuidade ao pensamento já exposto, de que a justiça constitucional ao garantir a constitucionalidade formal e material das leis, protege as minorias contra os exageros da maioria, por isso a revisão da Constituição só se dá com maioria qualificada (Kelsen, 2003, p. 126).

Também afirma que todas as minorias (de classe, nacionais ou religiosas) que tenham interesses garantidos na Constituição, possuem interesse na constitucionalidade das leis, dado que a democracia não é a garantia a todas as vontades da maioria, mas sim a representação no Parlamento das maiorias e minorias e na paz social. Deste modo, a justiça constitucional deve servir de instrumento para que se evite uma ditadura da maioria (Kelsen, 2003, p. 128).

Kelsen demonstra toda a grandiosidade de sua obra, mesmo tendo escrito este texto no século passado, apresenta uma concepção extremamente atual e necessária da função da justiça constitucional, pois já tendo vivido os horrores do regime totalitário alemão, o autor defende uma instituição que tem a função de proteger as minorias em face das maiorias.

Neste ponto, é importante que a obra de Kelsen seja compreendida em conjunto, ou seja, em *O problema do Parlamentarismo*, o autor apresenta o conceito de compromisso entre maiorias e minorias, para que não ocorra um domínio da maioria sobre a minoria. Todavia, neste estudo não é demonstrada uma solução clara para situações em que o compromisso não é pactuado. Deste modo, ao considerar os conceitos da *Teoria Pura do Direito*, como Constituição, Norma, *Stufenbau*, ordem jurídica escalonada de normas, bem como a concepção de Jurisdição Constitucional disposta no texto *A Garantia da Jurisdicional da Constituição*, pode-se afirmar que na ausência do compromisso parlamentar, as minorias podem ter seus direitos protegidos pelo Tribunal Constitucional, que evita a ditadura da maioria sobre a minoria.

É nesta seara que se dá o presente texto, uma vez que será demonstrada a ausência do compromisso entre maiorias e minorias no Congresso Nacional Brasileiro a respeito dos direitos da população LGBTI+, a consequente exclusão a que esta população é exposta, bem a ação dos movimentos sociais para que estes direitos sejam concretizados no Supremo Tribunal Federal.

2.6. A Formação do Supremo Tribunal Federal

2.6.1. O Papel do Supremo Tribunal Federal no Brasil

Posta a teoria de Kelsen, é importante compreender o motivo de o STF ter adotado um controle de constitucionalidade híbrido, e não puro, com apenas as teorias de Kelsen ou apenas com o controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos da América.

Fato é, o STF adotou um modelo híbrido, agrupando a teoria de Kelsen e a teoria de Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos, é importante compreender a história do Tribunal e principalmente quais as funções desse tribunal, para que se assimile o motivo dos direitos LGBTI+ serem analisados por este tribunal e não outro.

A Constituição Imperial de 1824 não possuía controle de constitucionalidade, este foi introduzido no Brasil apenas na Constituição da República de 1891, neste período, foi adotado o controle de constitucionalidade difuso, o modelo norte-americano, com fiscalização incidental e difusa (Barroso, 2016, p. 61).

Já em 1965, introduziu-se a ação genérica de inconstitucionalidade, esse mecanismo era similar ao europeu, um controle de ação direta em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal, iniciando-se assim a combinação entre os modelos difuso e concentrado (Barroso, 2016, p. 63).

A Constituição de 1988 manteve o sistema híbrido difuso e concentrado, no entanto, introduziu inúmeras mudanças. A principal mudança ocorreu pela ampliação do rol de legitimados para proposição de ação direta de inconstitucionalidade, além do Procurador-Geral da República, podem propor a ação (artigo 103, Constituição) o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No Brasil há o controle difuso, que é realizado pelos juízes dos tribunais e há o controle concentrado exercido pelas ações diretas ao Supremo Tribunal Federal.

Observa-se então que o Brasil inovou e adotou um sistema híbrido, dado que há um órgão de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, que recebe ações diretas de controle abstrato e há o controle incidental, feito de modo difuso pelos juízes comuns em casos concretos e também pelo recurso extraordinário (conforme artigo 102 da CRFB, 1988).

Neste sentido, o papel do Supremo Tribunal Federal como um Tribunal Constitucional deveria ser de proteger e garantir os direitos fundamentais com efetividade, garantindo o Estado Democrático de Direito e protegendo as minorias.

2.7. A Teoria de Kelsen e as Questões de Gênero

Após ter sido feito estudo de alguns conceitos de Kelsen e da formação do Supremo Tribunal Federal, será explicitada qual a relação entre a construção dos direitos LGBTI+ no Brasil, a teoria Kelseniana e o STF.

Nos últimos anos o Brasil teve notória evolução nos direitos da população LGBTI+, pode-se utilizar a palavra evolução, uma vez que ocorreram transformações graduais e progressivas na construção destes direitos, em grande parte solidificados pelo Supremo Tribunal Federal, através da ação e provocação dos movimentos sociais.

Quando Kelsen escreveu sua teoria, conforme já estudada neste trabalho, as questões postas eram outras e não relacionadas com questões da população LGBTI+, no entanto, sua teoria é de grande importância e é a sustentação para o entendimento de como se deu a conquista dos direitos mencionados.

O movimento LGBTI+ no Brasil possui uma longa história, podendo ter como referência de seu início o ano de 1978 com a criação do Somos: Grupo de Afirmação Homossexual, nesses mais de 40 anos de luta, o movimento composto por vários grupos traçou uma estratégia de grande interesse, a consolidação de suas demandas pelo Poder Judiciário (Green et al, 2018, p. 11).

A construção dos direitos LGBTI+ foi fruto do papel dos movimentos sociais, uma vez que ao se verificar a inércia do poder legislativo na análise das propostas em benefício desta minoria, a solução encontrada pelo movimento, não só no Brasil, foi procurar o Poder Judiciário para que seus direitos fossem garantidos.

Neste sentido, quando se recupera a Teoria Democrática Kelseniana, verifica-se que no texto *O problema do Parlamentarismo*, o autor demonstra que o princípio da maioria implica no direito de existência de uma minoria e não em uma dominação da maioria, sendo necessário que dentro do Parlamento ocorra um compromisso entre a maioria e minoria para que seja formada a organização social.

Para a proposta deste estudo, o conceito do compromisso entre maiorias e minorias é fundamental, porque a sua ausência no Brasil leva a inúmeras consequências negativas à população LGBTI+.

No Brasil não existe compromisso entre maioria e minoria nas questões de gênero e sexualidade, sendo que no Congresso Nacional, espaço de consolidação e garantia de direitos, todos os temas e pautas apresentados em benefício da população LGBTI+ não são analisados.

Pode-se observar que inúmeros autores como Bahia e Silva (2013, pp. 77-78), Balestero (2010, p. 191), demonstram que o Poder Legislativo, há anos, se caracteriza por uma inércia na análise de quaisquer demandas referentes aos direitos das minorias sexuais e de gênero, o que demonstra a ausência do compromisso mencionado por Kelsen e consequentemente, cria a obrigação do Supremo Tribunal Federal de proteger os direitos dessa minoria, que historicamente é excluída e discriminada pelo Estado⁷.

Ao analisar o referido trabalho de Kelsen, há inúmeras críticas e observações do autor que poderiam se aplicar a uma análise do parlamento brasileiro (como imunidade parlamentar e o corporativismo), no entanto, para o presente estudo terá foco na questão de maiorias, minorias e precipuamente, o compromisso. O Brasil, um país violento para a população LGBTI+, mostra uma inércia legislativa na análise das proposições em favor das minorias.

Assim, entendo que nas obras de Kelsen estudadas, não estava evidente qual seria o resultado da ausência de compromisso entre maioria e minoria, que é o que ocorre no cenário brasileiro em relação a qualquer discussão acerca de costumes.

Neste sentido, infiro que a resposta a esta questão está em outro trabalho de Kelsen, *A Garantia da Jurisdicional da Constituição* de 1931, neste trabalho o autor explica uma nova teoria em que o guardião da constituição deve ser um tribunal à parte dos tribunais judiciais, o Tribunal Constitucional. Vale destacar que para Kelsen uma Constituição que não tenha garantias de sua aplicação e da anulabilidade de atos que são contrários às suas disposições, não se mostra obrigatória. Ainda, dá continuidade ao pensamento já exposto, de que a justiça constitucional ao garantir a constitucionalidade formal e material das leis, protege as minorias contra os exageros da maioria, por isso a revisão da Constituição só se dá com maioria qualificada. Também afirma que todas as minorias (de classe, nacionais ou religiosas) que

⁷ Conforme levantamento feito pela cientista política Catarina Corrêa, havia 24 projetos em tramitação para retirada dos direitos da população LGBTI+, como projeto que proíbe a adoção por casais homoafetivos, projeto que permite a denominada “cura gay”, que seria a possibilidade de psicólogos poderem fazer tratamentos terapêuticos para a cura do que não é uma doença, dentre outros. A matéria completa está disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/mais-de-20-projetos-de-lei-podem-barrar-avancos-lgbts-no-brasil/>

tenham interesses garantidos na Constituição, possuem interesse na constitucionalidade das leis, dado que a democracia não é a garantia a todas as vontades da maioria, mas sim a representação no Parlamento das maiorias e minorias e na paz social. Deste modo, a justiça constitucional deve servir de instrumento para que se evite uma ditadura da maioria (Kelsen, 2003, p. 126-128).

Ou seja, entendo que o compromisso entre maiorias e minorias no parlamento é fundamental, na ausência da proteção das minorias pelo parlamento, o Tribunal Constitucional deve assegurar a sua proteção em face de uma dominação da maioria.

Vale ressaltar que neste tocante, a estratégia dos movimentos sociais foi corretamente direcionada, haja vista que ao terem como pressuposto um Supremo Tribunal Federal garantidor da constitucionalidade e dos direitos das minorias, propuseram suas demandas para análise deste Tribunal.

A estratégia traçada pelo movimento é exitosa, há decisões de grande importância para a população LGBTI+, como a união homoafetiva (2011), criminalização da homofobia (2019), permissão de doação de sangue por homossexuais (2020), dentre outras.

Todavia, gera uma situação inusitada no país, o Brasil é da tradição romano-germânica e tem um sistema *civil law*, sendo que a construção de direitos se dá no Congresso Nacional em sua maioria, no entanto com sua desídia, é gerada uma diferença entre legislação e jurisprudência, em que as leis não acompanham as mudanças da sociedade. Ou seja, a jurisprudência acaba estando mais avançada em alguns temas do que as leis.

Neste sentido, pode ser questionada qual a legitimidade dos novos direitos para população LGBTI+ consolidados pelo STF ou pode ser questionada a legitimidade dos movimentos sociais na propositura destas ações.

Com base na teoria Kelseniana, defendo a legitimidade destes direitos com base na função do Tribunal Constitucional (STF) de garantir os direitos das minorias e no conceito de legislador negativo de Kelsen, em que o Tribunal Constitucional, nomeado pelo Parlamento, tem legitimação indireta, sendo que não há liberdade criadora pelos juízes, a função similar a dos tribunais comuns, aplicação e criação do direito em termos específicos, um função jurisdicional e não legislativa, o STF é o legislador negativo (Kelsen, 2003, p. 109).

A teoria é do século XX, de um contexto cultural específico vivido pelo autor e por isso não é destinada especificamente ao estudo do tema LGBTI+, contudo, Kelsen tem uma teoria democrática tão importante que mesmo sem tratar destes problemas em específico, possui premissas fundamentais que podem ser utilizadas como base para compreensão dos novos direitos.

2. HANS KELSEN: O COMPROMISSO DAS MAIORIAS COM AS MINORIAS E O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Em um período em que o Supremo Tribunal Federal e a população LGBTI+ sofrem grandes ataques e uma forte reação de parte da população, pela conquista de direitos e igualdade, é importante estudar e compreender os conceitos fundamentais.

Neste sentido, devemos sempre relembrar o papel da Constituição e do Supremo Tribunal Federal de proteger as minorias, que em desamparo pelo Poder Legislativo e com ataques de parte da população, devem ter decisões judiciais que construam direitos, não privilégios, mas direitos que levem a uma igualdade, que deveria ser garantida pelo Estado através de políticas públicas.

Portanto, estudar e compreender a história dos direitos LGBTI+ é fundamental para que se continue a trajetória dos movimentos sociais de conquista de direitos e cidadania.

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

O presente capítulo do estudo irá versar acerca do constitucionalismo democrático, uma teoria mais complexa, que vai além dos estudos kelsenianos, para a compreensão da relação entre os movimentos sociais e o STF.

Inicialmente será feito um contraponto entre a teoria do CD, com as teorias do Constitucionalismo Popular e do Constitucionalismo Popular Mediado, para que sejam explicitadas suas semelhanças e divergências e assim se justifique o motivo de adoção do CD como paradigma da presente análise.

Igualmente, é importante ressaltar que o CD é uma teoria que explica a relação entre os movimentos sociais e a Suprema Corte, nos Estados Unidos, pelo que em uma análise de direito comparado, deve ser feita uma adequação da teoria à conjuntura brasileira.

O capítulo utilizará metodologia qualitativa, por revisão de literatura e direito comparado, de modo que será dividido em três partes. Na primeira parte, serão vistas brevemente as teorias do Constitucionalismo Popular e do Constitucionalismo Popular Mediado, para que se justifique a escolha do CD como paradigma da análise brasileira. Na segunda parte, será estudado o CD, seu contexto e implicações, com base nos textos *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power* (2002), *Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron* (2006), *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash* (2007) e *Democratic Constitutionalism* (2009) de Reva Siegel e Robert Post. *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA* (2006) de Reva Siegel e *How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure* (2005) de Jack Balkin. Por fim, a terceira parte irá traçar as semelhanças e distinções da teoria na explicação do contexto brasileiro e os conceitos kelsenianos.

3.1. As Diferenças Entre o Constitucionalismo Legal e o Constitucionalismo Popular

A fim de tornar este estudo mais didático, pode-se dividir as teorias constitucionalistas em: legais e populares. O Constitucionalismo Legal compreende que o judiciário é a autoridade limite para interpretação e aplicação da Constituição, já o Constitucionalismo Popular compreende um espectro mais amplo de aplicação e interpretação constitucional, sendo o povo

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

o sustentáculo da legitimidade da Constituição, como participantes ativos e legítimos na criação e interpretação dos significados constitucionais.

É neste sentido que o Constitucionalismo Popular e mais especificamente o CD são utilizados como paradigma na análise do contexto brasileiro, uma vez que são teorias que afastam a supremacia e controle exclusivo judicial do Direito Constitucional, para compreender a participação do povo na atribuição de novos significados constitucionais.

O Constitucionalismo Popular, teoria criada por Larry Kramer e Mark Tushnet, estabelece que os juízes não são os únicos e nem os melhores intérpretes constitucionais, de modo que o sentido constitucional deve ser um projeto comum partilhado pela sociedade e não por apenas um tribunal.

Kramer (2004, p. 228-233) compreende que o constitucionalismo não é oposto ao processo democrático, contudo, entende que o constitucionalismo popular é o oposto da supremacia judicial, sendo que uma constituição juriscêntrica não envolve a população em sua interpretação. O povo e outras instituições acabam estando em uma posição passiva, de apenas aceitar as decisões.

Kramer (2004, p. 208) não defende o fim das cortes constitucionais, apenas compreende que a interpretação e atuação da corte está diretamente sustentada na autoridade final do povo. A questão em seu entender não é a interpretação judicial, contudo, o monopólio jurídico.

Em sentido inverso, Tushnet defendeu em uma de suas obras o fim das cortes constitucionais, uma vez que o erro de interpretação pode ocorrer pelo tribunal ou outros atores que fizerem a interpretação. Em sua teoria, defendeu que o povo pode buscar os seus direitos por meio da política (Tushnet, 1999, p. 160-163).

Já a segunda teoria é o Constitucionalismo Popular Mediado, desenvolvida por Barry Friedman, entende que o povo deve estar inserido no processo constitucional, não sendo relevante debater acerca de quem deve ser a autoridade final da Constituição. O foco da teoria não é distanciar o direito da política e sim compreender as influências e os métodos de decisão das cortes constitucionais. (Friedman, 2005, p. 255-260).

Ademais, Friedman compreende que a democracia não é a realização dos desejos da maioria, sua concepção é mais complexa e compreende que na política existem interesses em conflito, e as cortes constitucionais não devem decidir com fundamento em maiorias ou minorias apenas, devem decidir com base no papel do Poder Judiciário e suas decisões na opinião popular (Friedman, 2005, p. 255-260). Neste sentido, os tribunais estão em diálogo com

a política, sobretudo no controle constitucional em que há diálogo do povo, imprensa, instituições.

A teoria de Friedman utiliza a metodologia do *bungee-jumping* e sua corda, a opinião popular é a base em que a corda está afixada e a interpretação judicial é a pessoa que irá fazer o salto. Ou seja, o Judiciário pode se distanciar da opinião popular, mas a opinião pública puxará de volta ao ponto de partida (Friedman, 2005, p. 327).

A diferença entre o Constitucionalismo Popular e o Constitucionalismo Popular Mediado é que o último considera o papel dos tribunais para criar o significado constitucional, sendo a jurisdição constitucional uma catalisadora da democracia.

Adota-se como paradigma do presente estudo o CD, por ser a teoria que compreende o papel do governo representativo e mobilização dos cidadãos para defesa de um significado constitucional, bem como a função dos tribunais para interpretar a constituição. O CD não tem o objetivo de retirar a constituição dos tribunais, os julgamentos do tribunal com fundamento em razões legais e profissionais, possuem legitimidade democrática apenas se observarem as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais. Deve haver intercâmbio constante entre cidadãos e juízes para definição do significado constitucional⁸.

Portanto, tendo compreendido as teorias que se incluem no Constitucionalismo Popular, será estudada especificamente a teoria do CD, o presente trabalho adota esta teoria como paradigma ao sistema brasileiro.

3.2. Constitucionalismo Democrático na Explicação do Papel dos Movimentos Sociais

Conforme foi explicado no primeiro capítulo deste trabalho, há pessoas na sociedade que não integram a chamada maioria e lutam pela conquista de direitos e igualdade, como as pessoas LGBTI+, que há alguns anos estão conseguindo que a consolidação de seus direitos ocorra no Supremo Tribunal Federal.

⁸ In this Essay we propose a model for understanding official efforts to enforce the Constitution under conditions of public controversy. We call this model "democratic constitutionalism." Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity. Unlike a juricentric focus on courts, democratic constitutionalism appreciates the essential role that public engagement plays in guiding and legitimating the institutions and practices of judicial review. Constitutional judgments based on professional legal reason can acquire democratic legitimacy only if professional reason is rooted in popular values and ideals. Democratic constitutionalism observes that adjudication is embedded in a constitutional order that regularly invites exchange between officials and citizens over questions of constitutional meaning (Post e Siegel, 2007, p. 379).

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Partindo da premissa de Kelsen de que no parlamento deve existir um compromisso entre maiorias e minorias e que o Tribunal Constitucional tem a função de proteger as minorias, será estudada a teoria do CD, dos autores Reva Siegel e Robert Post.

O estudo dessa teoria ocorre por ser uma teoria mais complexa no estudo da relação entre povo e Suprema Corte, neste sentido, a partir da discussão das ideias do CD, será analisada a confluência entre essa teoria e o contexto brasileiro, sendo considerada a diferença entre o sistema de *common law* e *civil law*.

Para Post e Siegel (2007, p. 374), a essência do CD está na concepção de que a autoridade da Constituição é sustentada pela sua legitimidade democrática, ou seja, pelo reconhecimento do povo (no texto, dos estadunidenses) de pertencimento àquele regime constitucional.

Assim, as minorias e movimentos sociais utilizam a pressão social sobre o Judiciário com objetivo de que a Constituição seja interpretada de acordo com o seu entendimento, sendo que a ampliação do ativismo jurisdicional sobre questões morais controversas pode ter efeitos positivos sobre a cultura constitucional (Bunchaft, 2011, p. 155).

Kelsen (2003, p. 126) afirma que uma Constituição que não tem garantia de aplicação de anulabilidade de atos contrários, não se mostra obrigatória, Post e Siegel (2007, p. 383) adicionam ainda que a legitimidade da Constituição depende também da observação das reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais uma vez que a expectativa de influenciar no significado constitucional, mesmo que este não esteja de acordo com o pensamento daquele grupo, é o que leva a uma adesão dos estadunidenses à Constituição.

Para Barroso (2012b, p. 2) o CD é o postulado político que combina dois elementos, o respeito aos direitos fundamentais e o respeito ao autogoverno popular.

De acordo com Post e Siegel (2009, p. 27) o paradoxo do CD é que a autoridade constitucional depende de sua receptividade democrática e de sua legitimidade como lei.

A Constituição possui normas abertas, que possuem valores a serem alcançados, como liberdade, igualdade, são chamados de *Nomos*, se constituem a expressão da identidade nacional. Portanto, são disposições controversas, haja vista que as pessoas são diferentes e possuem uma visão distinta da melhor interpretação a ser feita em cada conceito, neste sentido, a resistência da população demonstra a vontade de que seja aplicada a sua visão constitucional, não podendo ser ignorada, uma vez que se não houver identificação entre o que é decidido e as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais, a legitimidade do direito constitucional pode estar ameaçada (Post; Siegel, 2007, p. 379).

Neste sentido, a função das Cortes é essencial, já que declaram direitos com base na

Constituição, sendo procuradas pelos cidadãos com este objetivo. Contudo, a legitimidade e autoridade das Cortes e dos funcionários do governo advém da confiança dos cidadãos (Post; Siegel, 2007, p. 374).

Ao analisar o contexto brasileiro, Barroso (2012b, p. 19) entende do mesmo modo, que a autoridade da Constituição não repousa na força, mas sim na confiança dos cidadãos. Sendo que a decisão mais justa, pode não ser a mais popular.

No entanto, ao tratar de conceitos amplos, como família, igualdade, liberdade, pode ocorrer um dilema entre direito e política nas decisões do tribunal, uma vez que os juízes não devem atuar como políticos, devem defender a Constituição. Todavia, a decisão acerca das questões é demasiado complexa, sendo que a interpretação dos juízes parte então do desacordo da população acerca destas questões complexas.

Acaba existindo um paradoxo na interpretação constitucional, dado que o direito constitucional defende sua integridade com base em sua independência da influência política, sendo que o dever do juiz é “defender a lei e seguir os ditames da Constituição” e não responder a eleitores. Os juízes não são atores políticos, assim existe um desafio da interpretação constitucional em que os tribunais devem ter decisões que possuam escopo na legalidade e também atender às questões discutidas pelas minorias, grupos excluídos, movimentos sociais. Pode-se fazer uma analogia deste processo com uma série de diálogos entre Tribunal, povo e seus representantes (Post; Siegel, 2007, p. 385).

Assim, a Corte deve “navegar por um complexo campo de intensa discordância para produzir um relato do direito constitucional que seja democraticamente legítimo e crível às normas do ofício profissional” (Post; Siegel, 2007, p. 385).

É nesta seara que se dá a discussão acerca do CD, que procura compreender a interação das reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais e seus impactos nas decisões acerca do significado constitucional. O conflito entre os referidos grupos e os tribunais cria a possibilidade de a corte decidir acerca destas questões.

Para Post e Siegel (2009, p. 30), é importante que seja feito um contraponto com o método de interpretação denominado de minimalismo, que não foi bem-sucedido, uma vez que objetivava inserir valores conservadores no direito constitucional. Sendo que sua aplicação trouxe ensinamentos aos progressistas.

O primeiro ponto que os autores tratam é que os estadunidenses se mobilizam porque possuem preocupações com o significado constitucional, no entanto as teorias que tratam de interpretação constitucional não são de conhecimento do público, trata-se de questões técnicas e complexas. De modo que os conservadores influenciaram na interpretação com uma visão de

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

família, religião e controle social, devendo os progressistas articular uma visão que demonstre um compromisso distinto (Post; Siegel, 2009, p. 31).

O segundo ponto é que os compromissos dos progressistas devem ser feitos na linguagem do direito, para que os cidadãos possam questionar os julgamentos com base em um sustentáculo jurídico (Post; Siegel, 2009, p. 32).

O terceiro ponto é que os progressistas podem utilizar diferentes métodos para que influenciem nos significados constitucionais, como precedentes, experiência histórica, estrutura constitucional, tradições normativas, propósitos constitucionais e princípios legais e éticos fundamentais (Post; Siegel, 2009, p. 32).

Por fim, elucidam que seria um erro a adoção do minimalismo pelos progressistas, uma vez que se trata de uma teoria com interpretação rasa que não poderia trazer decisões inovadoras (Post; Siegel, 2009, p. 33).

Ainda, para os autores (Post; Siegel, 2006, p. 2), os progressistas devem adotar uma visão coletiva que gere reivindicações constitucionais, para que seja feita uma defesa de sua ideia de Constituição. A partir da adoção desta visão pelos progressistas, a jurisprudência constitucional será influenciada por seus ideais.

Portanto, o CD é uma teoria com enfoque na relação entre direito e política, de modo que valoriza o debate do significado constitucional de acordo com as regras democráticas. Neste sentido, ocorre uma tensão entre a lei e a política, uma vez que se os juízes demonstrarem que cedem à pressão popular, a população deixa de confiar na autoridade do Tribunal (Post; Siegel, 2007, p. 375).

Para Post e Siegel (2006, p. 4) a política e a lei não devem ser separadas, uma vez que apenas em livros didáticos é que as leis são independentes da política. Já que, as democracias exigem o Estado de Direito, consequentemente, exigem o diálogo entre os Tribunais, política e o público.

Neste sentido, é importante que a população compreenda o papel e o poder da Constituição, que não é uma lei comum, é uma norma feita pelo Poder Constituinte, que estabelece as regras do jogo democrático e também os direitos e garantias fundamentais, os debates acerca de seu significado ultrapassam limites formais do sistema jurídico, os argumentos acerca da natureza da Constituição são um meio pelo qual a população debate questões importantes.

O debate de Siegel e Post é baseado na Constituição dos Estados Unidos que entrou em vigor em 1789, já no Brasil, a Constituição é de 1988, mesmo sendo mais atual, em vários temas, não possui disposições adequadas ou atualizadas, motivo pelo qual a interpretação do

Supremo Tribunal Federal é fundamental. A Constituição, para Kelsen é o topo da pirâmide do ordenamento jurídico, não é apropriado que seja trocada ou alterada a Constituição, o melhor é que um Tribunal superior a todos os outros, como o Supremo Tribunal Federal, possa interpretar as disposições da Constituição, tendo em vista as demandas da sociedade.

O direito é vivo, a Constituição e sua interpretação não podem se manter atreladas unicamente ao período em que foi escrita, uma vez que a sociedade está em constante mudança. É imprescindível que o STF esteja atento em suas interpretações às reivindicações dos sujeitos políticos, grupos excluídos e movimentos sociais, para que a Constituição e a sua interpretação não se tornem obsoletas.

Sendo assim, entendo que a autoridade da Constituição se consolida quando são relacionados os compromissos fundamentais da Constituição e as crenças e preocupações que mobilizam os sujeitos políticos e movimentos sociais (Post; Siegel, 2009, p. 33).

A teoria de Post e Siegel (2007, p. 379) propõe um modelo de análise mais detalhado quanto à interpretação constitucional em situação de controvérsia, de modo que valoriza a mobilização dos sujeitos políticos e movimentos sociais quanto a aplicação da Constituição, bem como o papel dos Tribunais (ao contrário do Constitucionalismo Popular). Nesta perspectiva, os tribunais possuem função essencial na interpretação constitucional, aliado ao papel dos referidos grupos que com seu engajamento, pode estimular e direcionar a revisão judicial. Para a teoria, é importante que ocorra o intercâmbio entre juízes e cidadãos na atribuição do significado constitucional.

O paradoxo também ocorre no ângulo dos sujeitos políticos e dos movimentos sociais, que tentam convencer o Tribunal com seus argumentos para a mudança do significado constitucional e também devem respeitar o Tribunal para que se preserve sua autoridade de se pronunciar acerca da Constituição em um Estado de Direito (Post; Siegel, 2007, p. 385).

Neste sentido, em que claramente se verifica um paradoxo na interpretação Constitucional, no ângulo dos juízes em que devem cumprir os preceitos fundamentais da Constituição e ter em consideração as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais e no ângulo da população que deve tentar influenciar o Tribunal em suas decisões, no entanto deve cumpri-las e respeitar a autoridade do Tribunal, mesmo quando a decisão não esteja de acordo com sua visão constitucional.

Mesmo não estando de acordo com a decisão do Tribunal acerca do significado constitucional, o que mantém a aceitação das decisões pela população?

De acordo com Post e Siegel (2009, p. 27) a possibilidade constante de modificar o significado constitucional, a partir da persuasão de uns aos outros e do Tribunal, mantém a

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

confiança na Constituição pela população. A discordância do significado constitucional permite que pessoas diferentes vejam a Constituição de acordo com seus valores pessoais, como a Lei Fundamental, que deve ser preservada e pode ter seu significado modificado.

Nesta seara que o CD contém o entendimento de que as lutas dos estadunidenses pela influência de seu pensamento na Constituição, dentro da lei, demonstram que o significado constitucional, na garantia jurisdicional da Constituição é baseado também em crenças e compromissos sociais (Post; Siegel, 2007, p. 395).

Pode-se observar o caso *Hardwick* de 1986, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou como constitucional uma lei homofóbica, de modo que os ativistas LGBTI+ se mobilizaram na descriminalização dos gays, para que não fosse mais aceitável. Assim, em 1987, 55% dos estadunidenses acreditavam que a homossexualidade entre adultos, consentida, deveria ser ilegal e 33% acreditavam que deveria ser legal. Já em 2001 os números mudaram, 54% dos estadunidenses acreditavam que as relações homossexuais deveriam ser legais de 42% entendiam que deveriam ser ilegais. Neste sentido, observa-se que o movimento LGBTI+ conseguiu modificar a concepção popular, o que influenciou na revogação da decisão do caso *Hardwick* em 2003 (Post; Siegel, 2007, p. 400).

Mesmo em situações de grande controvérsia, o CD entende que a prevenção de conflitos não pode restringir a atividade jurisdicional, o juiz deve avaliar os valores em questão e decidir pelo que está em acordo com a Constituição e as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais (Post; Siegel, 2007, p. 427).

Compreendo que a teoria apresentada pelos referidos autores traz muitos pontos que podem ter convergência com o contexto brasileiro, todavia, é importante ressaltar que essa teoria demonstra a relevância que o Supremo Corte possui em uma sociedade e a responsabilidade de seus atos, uma vez que faz a interpretação da Constituição. Nesta seara, indo além do que os autores trabalham e observando pelo prisma da realidade brasileira, é de extrema importância que o processo de escolha dos juízes seja mais transparente e seja de maior conhecimento da sociedade, bem como a audiência de aprovação do Senado seja observada com maior seriedade (art. 101, CRFB).

O STF foi criado em 1890, e apenas 5 indicações do presidente foram negadas (todas em 1894). Sendo um poder do Senado aprovar ou rejeitar as indicações do Presidente da República, seria importante que as oitivas dos futuros ministros tivessem maior divulgação e conhecimento da população, para que não se tornassem apenas um protocolo, mas um efetivo procedimento em que o candidato deve demonstrar quais são os seus compromissos com a Constituição e a sociedade.

As disputas acerca do significado constitucional possuem um duplo sentido, ao mesmo tempo em que influenciam e geram os novos significados constitucionais, sustentando a autoridade da Constituição (quando feito nos parâmetros do Estado Democrático de Direito), podem ameaçar a legitimidade e autoridade da Constituição.

Isto é, a autoridade da Constituição se baseia sua receptividade democrática, bem como em sua legitimidade e autoridade como lei (Post; Siegel, 2009, p. 27).

Para Post e Siegel (2009, p. 28) a Constituição atua como a lei fundamental, limite e base da política, devendo ser democraticamente responsável. Este é um processo difícil, sendo que para inserir valores políticos no direito constitucional pode ser utilizada a nomeação de juízes à Suprema Corte, não sendo este o melhor caminho.

No entendimento de Post e Siegel (2009, p. 29), o modo amplo e contínuo de modificar o direito constitucional é a contestação de normas, como foi feito pela segunda onda do feminismo em 1970, em que no contexto social era comum o entendimento de que as distinções por gênero eram naturais e que o governo poderia impor questões de gênero tradicionais. O movimento feminista se uniu e o senso comum foi modificado, a discriminação começou a ser entendida como inaceitável e o Tribunal modificou seu entendimento.

Neste ponto, são feitas críticas ao STF quando se observa o Brasil por esta teoria, sendo que os críticos consideram que os ministros do STF podem estar agindo por ativismo judicial, contudo, é importante compreender que o significado constitucional se modifica durante o tempo, a base da Constituição é preservada, no entanto não se pode apenas fazer uma interpretação legalista pura de que a Constituição deve apenas atender ao que foi disposto no período de sua promulgação. Para mais, como a Constituição possui normas abertas e normas programáticas, é papel do STF que interprete as normas e dê os contornos jurídicos concretos à sua aplicação.

Bunshaft (2012, p. 164), ao estudar a teoria do CD, compreende que existem precedentes na história que mostram consequências negativas do ativismo judicial, que violaram direitos das minorias. Em sua concepção, se uma lei foi debatida por toda a sociedade, com oportunidade de todos os segmentos sociais se manifestarem e se não trata de direitos das minorias, o judiciário deve respeitar o juízo democrático. Porém, se uma lei envolve direitos de minorias que não tiveram a oportunidade de se manifestar, muitas vezes por imposição de majorias e de concepções religiosas, o judiciário deve identificar quais instâncias não protegeram os direitos das minorias, sendo sua função garantir os direitos destas minorias.

Entendo que de acordo com Post e Siegel (2006, p. 2) a história evidencia que os tribunais interpretam a Constituição em um diálogo entre políticos e o povo, podendo ter novos

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

entendimentos que rompam com anteriores. Sendo que o reconhecimento das decisões é feito pelos sujeitos políticos e movimentos sociais

Quando o Tribunal interpreta a Constituição, deve negociar com expectativas e ponderar valores, demonstrando que seu compromisso em se pronunciar constitucionalmente não depende apenas da percepção pública, para que não seja acusado de agir apenas de forma política. Ao mesmo tempo, o Tribunal deve mostrar que a Constituição é do povo, para que não seja acusado de ser autoritário.

No entendimento de Post e Siegel (2002, p. 25-26), a Suprema Corte deve ter uma interpretação: “adequada aos valores políticos da nação, mas que permaneça reconhecidamente como lei. A Corte, portanto, ocupa uma curiosamente dupla posição na vida estadunidense. Sua autoridade é simultaneamente legal e política”.

De igual importância, pode-se verificar o estudo de Siegel (2006, p. 1343) em que compreende existir uma gama de conquistas democráticas oriundas dos debates populares sobre significado constitucional. Contudo, a deliberação coletiva não é valorizada, sendo que na linguagem posta, a participação popular é considerada mera política ou ameaças a autoridade da Constituição. Ou seja, o quadro estipulado é que só há participação popular na construção dos entendimentos constitucionais antes da constituição, uma vez que a separação entre lei e política limita a participação popular. O povo faz a constituição, mas não interpreta. Já os juízes, são orientados a interpretar a Constituição de acordo com as convicções do período de sua promulgação.

Para Siegel (2006, p. 1346), existe uma cultura constitucional, que é constituída de reivindicações de pessoas acerca de significado constitucional e sua oposição. A mudança constitucional sem legislação é possível, uma vez que a cultura constitucional estabelece as funções dos cidadãos e juízes. Sendo que cada grupo possui práticas de argumentação que mostrem seu acordo ou desacordo acerca do significado constitucional discutido.

Há disputas sobre a construção de um futuro, baseadas no significado de um passado compartilhado, a constituição. As disputas sobre o passado e o futuro da constituição é que sustentam sua autoridade democrática (Siegel, 2006, p. 1350).

Observa-se que se a Constituição for apenas imposta, sem nenhuma chance de modificação dos entendimentos pelos cidadãos, pode haver uma perda de autoridade, uma vez que o cidadão pode não se sentir representado por aquela constituição e não ter chances de modificar as interpretações. Por isso é essencial que se construa a cultura constitucional, para que assim a autoridade da constituição seja reforçada.

Para Siegel (2006, p. 1352) os movimentos sociais são agentes de mudança

constitucional, a disputa constitucional é assim uma prática coletiva que ocorre dentro e fora das instituições.

Também é importante ressaltar que resistência à interpretação judicial da Constituição, as críticas à uma decisão, o *backlash*, que seria o desejo de um determinado grupo de influenciar no conteúdo da Constituição⁹, levam a uma confirmação da identificação que o grupo possui com a Constituição, o que revigora a tradição Constitucional (Post; Siegel, 2007, p. 374).

Um ponto importante debatido por Post e Siegel é acerca das consequências de uma possível diferença entre o significado constitucional gerado dentro e fora do Tribunal. Um dos resultados possíveis é o *backlash*, que para os tribunais pode ser uma ameaça à sua autoridade. O CD analisa o *backlash* por uma perspectiva dupla, inicialmente histórica, em que os estadunidenses lutaram pelo significado constitucional nos anos de 1960 com questões raciais, 1970 com questões de gênero e atualmente acerca de aborto, direitos LGBTI+. O que se observa é que são utilizados métodos diferentes a fim de formar o significado constitucional desejado, como protestos, mobilização política, o Congresso, os poderes estaduais, processos em tribunais estaduais. O objetivo é que o *nomos* constitucional represente o que pensam os estadunidenses (Post; Siegel, 2007, p. 380).

Para o CD o *backlash* deve ser observado pelo ponto de vista da ordem constitucional americana como um todo, de maneira que na interpretação constitucional o conflito é inevitável, uma vez que as decisões podem ameaçar o status de grupos. Se o conflito for inevitável, a decisão deve ser justificada com base nos valores importantes em questão. Indo além na temática, os autores compreendem que a controvérsia de uma decisão pode ter benefícios positivos, uma vez que a oposição à uma decisão pode gerar uma cidadania ativa e a defesa do compromisso com o significado constitucional, mesmo não concordando com aquela decisão, o cidadão ou grupo procura os meios existentes no Estado de Direito para modificá-la, o que gera uma identificação da Constituição e o povo, o que nunca poderia ser alcançado se as pessoas apenas aceitassem passivamente uma decisão do Tribunal (Post; Siegel, 2007, p. 390).

As minorias, através dos movimentos sociais, pressionam o governo, o Parlamento ou o Judiciário a interpretar a Constituição de acordo com suas aspirações. Quando obtém êxito, principalmente em questões morais controversas, pode haver grande reação por parte de outros grupos, para o CD esta controvérsia pode ser positiva.

Portanto, para o CD, o *backlash* pode ser positivo, dado que estimula a interpretação

⁹ Backlash expresses the desire of a free people to influence the content of their Constitution, yet backlash also threatens the independence of law. Backlash is where the integrity of the rule of law clashes with the need of our constitutional order for democratic legitimacy (Post; Siegel, 2007, p. 376).

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

das pessoas e a importância dos significados constitucionais, sendo essencial que qualquer contestação seja feita de acordo com as regras da ordem jurídica vigente.

Para compreender melhor como os movimentos sociais podem influenciar na decisão das cortes, pode-se verificar o que escreve Balkin (2005) acerca do tema.

Em seu estudo, o autor demonstra que os movimentos sociais não aceitam as interpretações existentes dos juízes e moldam o direito constitucional, modificando a opinião pública em geral, o entendimento de juízes e advogados e os limites do que é aceitável ou não.

Para Balkin (2005, p. 29), os movimentos sociais se apresentam como representantes da população em geral e como a Constituição dos Estados Unidos pertence a “Nós, o povo dos Estados Unidos”, os juízes possuem o dever de observar as demandas dos movimentos sociais, incorporando-as às leis existentes.

Neste sentido, a partir da teoria de Balkin (2005, p. 30), compreendo que os movimentos sociais utilizam dos segmentos para influenciar a interpretação constitucional, o primeiro é o sistema partidário e as nomeações e o segundo é o estímulo da população para que haja debate acerca de um tema e uma influência dos movimentos sociais neste debate.

A utilização do sistema partidário para atingir os seus objetivos, ocorre pelas nomeações de juízes, assim os movimentos sociais se aproximam dos partidos que podem nomear juízes que decidam de acordo com o que os movimentos defendem, uma vez que a nomeação de juízes com a mesma ideologia pode alcançar grandes mudanças de significados constitucionais ao longo do tempo (Balkin, 2005, p. 31).

Apesar de Balkin segmentar em duas estratégias dos movimentos sociais, pode-se dizer que na prática, ambas estratégias se sobrepõem, ocorrendo ao mesmo tempo a influência nos partidos políticos e a mudança da opinião popular, sobretudo da elite.

Vale ressaltar que se a mudança dos significados constitucionais ocorrer apenas pela nomeação de juízes, pode-se dizer que os juízes não mudam de ideia, são apenas substituídos pelos juízes que partilham da mesma ideologia do movimento, o que não é o mais desejável do ponto de vista social, haja vista que se a decisão do tribunal estiver em grande desacordo com o entendimento da sociedade, o *backlash* pode ser de enorme impacto e essa decisão pode não ter legitimidade democrática.

É neste sentido que é importante que a segunda estratégia sugerida por Balkin seja preferida pelos movimentos, uma vez que desafia a compreensão comum acerca de um tema, a remodelação da opinião nacional acerca de um tema (Balkin, 2005, p. 31).

A influência sobre as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais compõe maior engajamento do povo para que a decisão seja tomada em favor daquele grupo e

consequentemente maior aceitação da população acerca da decisão.

Os movimentos sociais iniciam a mudança do significado constitucional pela relevância daquele tema perante a população, quando atingem seu objetivo, a análise de suas demandas pelos juízes é mais fácil, pois as concepções do mundo já estão mais próximas do que aquele movimento defende.

Siegel (2006, p. 1362) apresenta uma importante reflexão quando afirma que os movimentos sociais que ganham credibilidade na luta por uma interpretação constitucional, levam a criação de contramovimentos, que possuem uma sistemática baseada na obtenção de resultados do movimento, ou seja, a partir do momento que o movimento social obtém alguma vitória, o contramovimento se mobiliza.

Para Bunchaft (2012, p. 168) os movimentos sociais são fundamentais na transformação da interpretação da constituição.

Portanto o CD é uma teoria que estuda a relação entre as reivindicações dos sujeitos políticos e movimentos sociais e as decisões da Suprema Corte.

Considero que o conflito é de suma importância, haja vista que orienta a Corte na tomada de suas decisões. Para uma Constitucionalidade Social, importa observar e ter sensibilidade aos conflitos, lutas e dissensos sociais. O dissenso entre grupos na sociedade é que irá orientar os tribunais acerca das questões que estão em voga e precisam ser decididas.

Uma das questões colocadas por este trabalho é acerca da legitimidade dos novos direitos consolidados pelo STF, para Kelsen (2003, p. 109) a resposta está no legislador negativo, para Post e Siegel, o CD legitima a atuação do judiciário para interpretação de questões complexas, através dos princípios constitucionais, com a estimulação da interação entre corte e movimentos sociais.

A jurisdição constitucional é a catalisadora do debate acerca de um tema na sociedade. Partindo do pressuposto que em uma democracia o produto das decisões advém de um espaço de debate, a legitimidade das decisões dos tribunais constitucionais advém de suas funções no Estado Democrático de Direito, quais sejam, defender e fazer cumprir a Constituição e garantir os direitos das minorias.

3.3. Constitucionalismo Democrático e o Contexto Brasileiro

Ao analisar a teoria do CD, este estudo trabalha com a hipótese de que alguns de seus pressupostos estão sendo aplicados pelos movimentos sociais perante o STF.

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Isto é, o estudo pretende demonstrar que os novos direitos conquistados no STF possuem legitimidade, uma vez que vem dos movimentos sociais, dos grupos excluídos e dos grupos que se opõe ao quadro normativo em vigor.

Em uma análise que compara dois países, existe uma complexidade própria, uma vez que neste trabalho, não será aprofundado um estudo sociológico que compara os movimentos sociais LGBTI+ no Brasil, para que seja feita a interseção adequada com os movimentos dos Estados Unidos da América.

É importante diferenciar o modelo estudado pelos autores do modelo brasileiro, uma vez que os Estados Unidos da América vivem em um sistema de *common law*, em que as leis não tem a mesma importância que no *civil law*, porém muitas decisões são tomadas com base em precedentes dos tribunais superiores, tendo a Suprema Corte o princípio do *stare decisis* que deriva da frase em latim *stare decisis et non quieta movere*, que significa: respeitar as coisas decididas e não modificar o que está estabelecido.

Em termos práticos, nos Estados Unidos as decisões de Tribunais Superiores são precedentes obrigatórios, sendo que as decisões de primeiro grau não são consideradas como precedentes (Soares, 1997, p. 182).

O *common law* é um sistema que determina o respeito aos costumes legais, surgiu antes do *stare decisis*. No sistema *common law* e *civil law* existem leis, no entanto para o segundo, estas têm mais importância. Pode-se afirmar que no sistema estadunidense as principais fontes do direito são os precedentes, os costumes e a lei.

Já o Brasil segue um sistema *civil law*, também chamado de romano-germânico em que a principal fonte do direito é a lei, com origem do sistema do Direito Romano, que possuía códigos e leis. Contudo, desde a Emenda Constituição nr. 45 de 2004 e o Código de Processo Civil de 2015, é nítido que no Brasil os precedentes passaram a ter maior importância e atualmente, com a regra de Súmula Vinculante e incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), é evidente uma maior influência do *common law*.

Nesta seara, os dois sistemas possuem leis e precedentes, o que os diferencia é a importância dada à cada fonte do Direito, sendo que no sistema brasileiro, a lei é a fonte precípua e no sistema estadunidense são os precedentes e os costumes.

O que se verifica é que no sistema estadunidense, como já há uma cultura de que a Suprema Corte decida questões importantes e estabeleça os precedentes acerca das questões, como no caso do direito ao aborto (Caso *Row versus Wade*), os cidadãos compreendem a interpretação da Suprema Corte como lei (*stare decisis*), sendo que naturalmente podem reclamar de questões que não concordam.

Ademais, vale ressaltar que a Constituição dos Estados Unidos possui o preâmbulo e 7 artigos, já as emendas que alteraram a Constituição foram 27.

Diferente, a Constituição brasileira possui 250 artigos, um Ato de Disposições Constitucionais Transitórias com 114 artigos e 108 emendas constitucionais. O que ocorre é um excesso de matérias tratadas na carta magna brasileira, pelo que muitas vezes, para alterações de questões fiscais, tributárias ou administrativas, acaba sendo necessária uma emenda constitucional. O que pode levar a uma banalização do significado da Constituição e da importância de suas alterações.

Barroso (2012b, p. 4) possui entendimento similar, afirma que a CRFB trata os assuntos de modo excessivamente detalhado, pelo que quaisquer alterações de questões políticas, tributárias, financeiras, dependem de emendas constitucionais, o que pode levar a uma dificuldade do poder das maiorias políticas, uma vez que sempre se exige quórum qualificado para alteração da constituição, na opinião do autor, a política ordinária acaba ocorrendo por meio de emendas constitucionais. Igualmente, o autor critica o número excessivo de emendas constitucionais na CRFB, que leva um recorde mundial e dificulta o entendimento da população das disposições permanentes e fundamentais da constituição.

Superadas as diferenças entre os dois sistemas, pode-se verificar pela dinâmica de conquista de direitos LGBTI+ pelo STF no Brasil que a estratégia adotada pelos movimentos sociais perpassa a contestação do quadro normativo, o que gera um contraponto com grupos conservadores.

O movimento LGBTI+ no Brasil direciona sua atuação concomitantemente em frentes distintas, ou seja, por um viés da sociedade, promove as Paradas do Orgulho LGBTI+, sendo a de São Paulo considerada uma das maiores do mundo, busca apoio de celebridades, atores, músicos, que por meio de redes sociais manifestam apoio a causas do movimento.

Institucionalmente, o movimento direciona sua atuação frente aos três poderes, perante o executivo o movimento LGBTI+ busca a criação e execução de políticas públicas efetivas, já perante o legislativo, o movimento busca a aprovação de leis que garantam igualdade de direitos e a prevenção da discriminação, no entanto, com as recusas constantes de proteção dos direitos desta parcela da população, que é minoria no Parlamento e não vê ocorrer o compromisso em favor destas pautas, há um direcionamento da estratégia institucional para o Poder Judiciário.

Assim, tendo em conta o desacordo na sociedade a respeito de um tema, por exemplo, o casamento de pessoas LGBTI+, o movimento simultaneamente estimula essa discussão no Congresso Nacional, nas redes sociais, busca apoio de pessoas relevantes e propõe sua demanda perante o STF, para que a sociedade discuta aquele tema juntamente com a discussão do

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

tribunal, sendo que a partir deste desacordo, o STF irá dar a sua decisão.

É importante ressaltar que este movimento ocorre também em outros países da América Latina, de acordo com Cardinali (2017, p. 31) a Corte Constitucional da Colômbia possui uma jurisprudência vasta acerca de direitos de minorias sexuais. A decisão C-481/1998 considerou inconstitucional a punição disciplinar aos professores homossexuais. A decisão T-101/1998 determinou a readmissão de alunos expulsos de uma escola por sua homossexualidade. A decisão T-301/2004 proibiu a importunação pela polícia apenas em função de orientação sexual. O precedente C-075/2007 garantiu a igualdade do regramento de uniões a casais homossexuais e heterossexuais, que atingiu o equilíbrio na sentença C-029/2009. O matrimônio igualitário só foi concedido em 2016, pela decisão SU-214/2016. A adoção por casais homoafetivos só foi concedida pela decisão C-683/2015. A proibição de homossexuais doarem sangue foi declarada inconstitucional em 2012 com a decisão T-248/2012, o que ocorreu no Brasil apenas em 2020, oito anos depois.

Já o Peru, possui uma jurisprudência que protege os homossexuais, inclusive com decisões que protegem as pessoas transexuais.

No Brasil podemos verificar algumas decisões que foram marcos para a população LGBTI+ pelo STF.

Em 2011 o STF equiparou as relações de pessoas do mesmo sexo à União Estável, com igualdade de direitos de família, direitos sucessórios, plano de saúde, seguro de vida, pensão alimentícia, de acordo com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Resolução nº 175, que obriga todos os cartórios a celebrarem casamentos de pessoas do mesmo sexo.

Já em 2015 o STF determinou a exclusão dos termos pederastia e homossexual nos crimes do capítulo VII do Código Penal Militar, uma vez que são crimes que valem tanto para homossexuais quanto para heterossexuais, conforme decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 291.

Em 2018 o STF pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 permitiu que transexuais e travestis alterassem o nome e o gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial.

Em 2019 o STF pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº. 4733, passou a criminalizar a LGBTfobia, sendo enquadrada nos crimes da lei do racismo, até que uma lei específica seja aprovada no Congresso Nacional. Esta decisão será estudada com aprofundamento no último capítulo deste estudo.

Em 2020 o STF declarou inconstitucionais as normas do Ministério da Saúde e ANVISA que exigiam de homens homossexuais e bissexuais a abstinência sexual de 12 meses para doação de sangue, de acordo com a Ação Direta de Constitucionalidade nº 5543.

Por fim, também em 2020 o CNJ aprovou a resolução nº 348 que permite que os condenados sejam direcionados a presídios conforme sua autoidentificação de gênero.

Tendo em conta todos os direitos consolidados para as pessoas LGBTI+ no STF, é importante compreender que a força normativa da constituição no Brasil adveio de um movimento denominado de doutrina brasileira da efetividade.

Para Barroso (2012b, p. 5) o núcleo desta teoria possui a concepção de que as normas constitucionais devem se tornar aplicáveis direta ou indiretamente, na maior extensão possível. Neste sentido, em casos de normas constitucionais descumpridas, deve existir uma tutela jurisdicional adequada.

Ademais, a doutrina da efetividade teve êxito ou alterar três paradigmas, o primeiro foi jurídico, em que atribuiu efetividade pela à Constituição, o segundo foi o científico, que reconheceu o direito constitucional como objeto próprio e autônomo, o último foi o institucional, que no Brasil ocorreu pelo recebimento pelo Poder Judiciário na concretização de direitos constitucionais (Barroso, 2012b, p. 6).

A doutrina da efetividade se baseou no positivismo, ou seja, o direito constitucional é norma e deve ser cumprido.

Barroso (2012b, p. 13) também afirma em seu estudo que é necessária uma nova interpretação constitucional que atenda aos problemas complexos e plurais da sociedade, que não derrota a interpretação tradicional, no entanto, a complementa. Como exemplo, menciona o conceito de família que na CRFB até 1988 tinha como única forma de ser constituída pelo casamento. A partir da CRFB passou a ser três formas, casamento, uniões estáveis e famílias monoparentais. Ainda, por decisão do STF, passou a existir famílias de uniões homoafetivas. Para o autor, o conceito partiu da unidade para a pluralidade.

Igualmente importante para Barroso (2012b, p. 13) são as novas categorias de interpretação destinadas a questões mais complexas e plurais, como a normatividade dos princípios (dignidade da pessoa humana, solidariedade, segurança jurídica), colisões com normas constitucionais, ponderação e argumentação jurídica. Sendo assim, a norma dispõe apenas o início da solução, sendo que os fatos passam a fazer parte da normatividade, sendo que o intérprete se torna um coautor da criação do direito.

Portanto, existem casos difíceis, que não possuem uma solução prevista pela Constituição, como os desacordos morais razoáveis (eutanásia, suicídio assistido,

3. OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE, UM CONFRONTO COM A TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

descriminalização de drogas leves) e as colisões de normais constitucionais ou de direitos fundamentais, em que deve existir uma construção da decisão pelos juízes que devem ser capazes de justificar e legitimar o papel criativo nesta criação de Direito (Barroso, 2012b, p. 14).

É igualmente compreender que no Brasil o STF possui grande importância no cenário político, o que não é uma peculiaridade do Brasil, dado que ocorre em outros países desde a Segunda Guerra Mundial.

Para Barroso (2012b, p. 16) a fronteira entre direito e política é fluida, sendo exemplos: em 2000 nos Estados Unidos a eleição foi decidida pela Suprema Corte e em Israel a Suprema Corte decidiu acerca da construção do muro de divisão com a Palestina. No Brasil, em 2011 e 2012 o STF decidiu acerca de uniões homoafetivas, aborto de fetos anencefálicos e cotas raciais, tendo já decidido sobre células-tronco, nepotismo e terras indígenas.

Igualmente importante é mencionar que a judicialização destas questões ocorre em grande parte por uma inércia do Poder Legislativo que não decide acerca de questões prementes, levando a que o Judiciário se manifeste. Neste sentido, é importante diferenciar a judicialização do ativismo judiciário, este último, consiste em uma atitude deliberada de um Tribunal para expansão do papel do Judiciário, que supre lacunas, omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes.

Para Barroso (2012b, p. 17) existem diversas críticas à expansão do Judiciário: os magistrados não são eleitos, o judiciário é um espaço conservador e de que judiciário deve tratar de questões específicas e não políticas públicas gerais. Para o autor, as críticas devem ser analisadas, sendo que a democracia não é apenas a vontade da maioria, sendo que o Judiciário deve defender direitos fundamentais.

Portanto, tendo em conta o que foi explicitado, o CD não compreende apenas a decisões da Suprema Corte em benefício de uma minoria, porém todo o debate e a controvérsia que ocorreram acerca daquele tema. A proposta da teoria é observar o debate gerado por um movimento social em face de uma demanda.

O CD foi objeto de estudo deste trabalho por apresentar reflexões acerca das reivindicações dos movimentos sociais e sujeitos políticos na construção dos significados constitucionais, do intercâmbio realizado, que sustenta a legitimidade e autoridade da Constituição.

Por este motivo é que se observa a conquista de direitos pela população LGBTI+ pela lente do CD, uma vez que os movimentos sociais sempre trouxeram à tona os temas que desejavam ver questionados no STF, por meio de redes sociais ou pela imprensa, o que gerou

debates na sociedade e o espaço adequado para que o tribunal dirimisse a questão. Sendo que, a construção das decisões não ocorre unicamente pelas concepções dos juízes, mas também por todo o contexto social e argumentos utilizados pelo movimento social em questão.

A existência de uma minoria que passa a ser excluída por parte da sociedade e do Estado gera um dissenso, que é utilizado como oportunidade para que se consolide direitos e proteção desta minoria.

Tendo em conta que a democracia é o espaço do debate, a controvérsia entre os movimentos e contramovimentos, entre conservadores e progressistas, entre argumento e contra-argumento orienta os tribunais acerca dos temas e decisões a serem trabalhados. Ou seja, como já mencionado em Kelsen, há tese, antítese e a síntese.

Por fim, na democracia os temas não ficam restritos a limites do legislativo, do judiciário ou executivo, as questões complexas ultrapassam essas fronteiras, uma vez que tratam de questões diretamente ligadas à vida das pessoas.

É neste sentido que se deve valorizar as diversas opiniões em conflito, o dissenso e a discordância, uma vez que a partir destas questões os movimentos sociais auxiliam na consolidação de direitos, interpretação da constituição e principalmente na elaboração de um significado constitucional mais abrangente e inclusivo dos grupos que estão em conflito na sociedade.

4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN

O último capítulo deste estudo se dedica inicialmente a uma crítica à teoria clássica da representação, a partir dos estudos de Hanna Pitkin, em duas obras, a primeira é *Representação: palavras, instituições e ideias* de 2006 e a segunda *The concept of representation* de 1967. Igualmente, será feita a crítica a representação atual e demonstrada a ideia de democracia deliberativa a partir da obra de Joshua Cohen, com os textos *Democracia radical* (2007) de Archon Fung e Joshua Cohen, *Reflections on Habermas on Democracy* (1999a), *Deliberation and Democratic Legitimacy* (1999b) e *Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa* (2000), de Cohen.

Em seguida, será feita uma análise da história do movimento LGBTI+ no Brasil, a partir da obra *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT* de Regina Facchini e Júlio Simões.

De modo a compreender melhor a conjuntura brasileira, serão vistos alguns dados e metadados das condições de vida da população LGBTI+ no país.

Por último, será analisada a decisão do STF que criminalizou a homofobia no Brasil, decisão que foi um marco para o movimento LGBTI+ pela sua importância. Será analisada uma entrevista do advogado proponente das duas ações que resultaram na decisão supracitada, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, por fim será estudado o voto do Ministro Celso de Mello.

O capítulo utilizará a metodologia qualitativa, combinando a revisão de literatura, análise de dados e metadados, bem como análise crítica de documentos jurídicos.

4.1. A Crítica à Representação de Pitkin, Ceticismo ao Sistema Atual

Pitkin publicou em 1967 o livro *The concept of representation*, em que discute com profundidade o conceito de representação, em seu sentido etimológico, bem como quais as contradições existem neste conceito.

Para Pitkin, a representação significa tornar presente novamente, sendo que: “representação, tomada de forma geral, significa tornar presente, em certo sentido, algo que, todavia, não está presente literalmente ou de fato” (Pitkin, 1967, p. 8).

Em sua obra, distingue quatro categorias de representação, formalística, descritiva, simbólica e substantiva (Loureiro, 2009, p. 66).

A representação formalística, inspirada em Hobbes, se caracteriza por ter instituições que antecedem a própria representação. Reflete os conceitos de uma autorização prévia para a representação, em que se estuda como o representante obtém sua posição e seu cargo, bem como de uma representação por responsabilidade, que tem em seu núcleo o *accountability*, em que se estuda a possibilidade de punição do representante pelo eleitor em casos de falhas, bem como a responsividade do representante para os eleitores (Loureiro, 2009, p. 67).

A representação descritiva é relacionada a semelhança entre representante e representado (Loureiro, 2009, p. 68).

A representação simbólica compreende a posição que o representante se apresenta para os representados, qual o significado do representante. Igualmente, trata do uso de símbolos para fazer presente algo que não está presente. Para a autora, esta representação se funda na crença dos representados em seu líder e há um alinhamento entre vontade do representante e dos representados. Pitkin compreende que isso não pode ser representação, sendo que a visão simbólica envolve uma vontade popular, que pode se transformar em uma teoria fascista da representação (Loureiro, 2009, p. 69).

A representação substantiva é enfatizada por Pitkin. Em seu entendimento, a representação é deve ser observada como uma atividade, ou seja, quando o agente representa o principal, ele toma decisões que o principal é obrigado a honrar. Ainda, o conceito de representação é substantivo, deve-se analisar a substância da atividade da representação, mostrando que a atividade se diferencia de outras situações em que a pessoa age em lugar de outra. Para Pitkin, o importante é compreender o que o representante faz (*acting for*) e o que o representante é (*standing for*) (Loureiro, 2009, p. 67).

Na representação substantiva de Pitkin, a relação entre representante e representado deve ser recíproca e não unilateral e a paradoxalmente a pessoa substituída pelo representante deve estar de alguma forma presente.

Para a autora, um grande paradoxo da representação é a questão mandato-independência em que de um lado está a compreensão de que o representante está ligado À vontade dos representados, sem liberdade de escolha e de outro lado está a compreensão de que o representante tem liberdade para escolher o que é melhor para os representados. Para Pitkin, a questão se dá a partir do conceito de representação que se utiliza, sendo que: “ser representado significa tornar-se presente, em algum sentido, embora não estando realmente presente literalmente ou completamente de fato” (Pitkin, 1967, p.153).

Partindo dessa perspectiva a autora compreende que na discussão mandato-independência estão corretos os que defendem que o representante deve fazer o que o

4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN

representado quer e os que defendem que o representante deve ter independência e decidir com base em seu próprio julgamento.

Neste sentido, a autora explicita que é importante analisar a própria relação entre representantes e representados e não analisar os polos separadamente, que possuem interesses distintos. Para Pitkin, é importante avaliar a representação como uma atividade institucionalizada (Pitkin, 1967, p. 212-215).

Em síntese, para Hanna Pitkin uma representação substantiva deve se basear em um processo institucionalizado, com eleição livre dos representantes, que devem atuar com responsabilidade, havendo controle por parte dos eleitores.

No entanto, Pitkin finaliza o seu livro com ceticismo a respeito da representação, afirmando que “representação como uma atividade substantiva parece estar distante das realidades da vida política” (Pitkin, 1967, p. 215).

Já em seu artigo mais recente, traz a negação da democracia representativa, afirmando que apenas a participação democrática direta traz a solução para o dilema mandato independência (Pitkin, 2006, p. 43).

Portanto, obra de Pitkin foi um marco no pensamento acerca da representação, no entanto a própria autora demonstra sua descrença no sistema representativo.

4.2. Os Movimentos Sociais e Associações na Democracia Deliberativa de Cohen

O sistema representativo, como já exposto, apresenta falhas e não representa efetivamente os cidadãos, neste sentido, será estudada a proposta de democracia deliberativa de Joshua Cohen.

Lüchmann (2012, p. 71) compreende que as instituições da democracia representativa não são suficientes para gerar um poder legítimo, sendo que as associações e em especial os movimentos sociais são de considerável importância neste processo.

Para Cohen e Fung (2007, p. 221) as democracias convencionais se caracterizam por sistema de representação competitiva com cidadãos que possuem direitos políticos, sendo que estes manifestam suas vontades principalmente pelo voto nas eleições, os vitoriosos nas eleições passam a ter o controle das políticas públicas.

Para os democratas radicais, como Cohen, é importante organizar a sociedade por meio da representação competitiva, contudo, é necessária uma reformulação do sistema para uma representação mais abrangente.

As ideias radical-democráticas defendidas por Cohen possuem dois fundamentos, o primeiro é que os democratas radicais defendem uma participação mais profunda dos cidadãos nas questões políticas. O segundo é a deliberação, em que deve haver um pensar conjunto por parte dos cidadãos. Neste sentido, a democracia para Fung e Cohen deve sair de sua estrutura tradicional em que: “imperava a barganha, a agregação de interesses e o poder para uma outra, em que a razão comum seja uma força dominante da vida democrática” (Cohen; Fung, 2007, p. 222).

As críticas ao sistema de representação competitiva são baseadas em três valores políticos, o primeiro é a responsabilidade, em que Fung e Cohen (2007, p. 224) compreendem ser a representação competitiva um modo limitado de garantir uma prestação de contas, sendo que os cidadãos acabam deixando apenas para os políticos a função de avaliar as políticas, as habilidades políticas dos cidadãos se enfraquecem.

O segundo é a igualdade, a democracia moderna garante igualdade de todos nos processos de tomada de decisão, no entanto, existe apenas uma igualdade formal, já que na realidade, as desigualdades sociais diminuem a oportunidade de determinados grupos terem influência política. Para os democratas radicais, deve haver mais deliberação, para que se dê poder a quem tem mais argumentos e deve haver mais participação para que se evite concentração de poder em quem possui mais dinheiro ou influência (Cohen; Fung, 2007, p. 225).

O terceiro é a autonomia política, sendo que a representação competitiva não estimula uma autonomia política que possibilita às pessoas viverem de acordo com as próprias regras que criam. Na representação competitiva têm mais êxito os interesses apoiados por eleitores com dinheiro ou feitos por acordos de partidos (Cohen; Fung, 2007, p. 225).

Para Cohen e Fung (2007, p. 229) poderia ser estimulada uma participação ampla nas questões públicas, criando uma deliberação cidadã sobre questões políticas. Sendo feitas por associações e movimentos sociais. Neste sentido, há união entre participação e deliberação, os indivíduos passam a participar dos debates públicos através de associações e deliberam por si mesmos sobre as questões políticas.

Se assim for feito, há um aumento da igualdade política nas discussões, uma vez que o pensamento público passa a moldar as decisões coletivas, aumentando o autogoverno.

O sistema proposto, a democracia deliberativa, surge com objetivo de superar a ausência de legitimidade da autoridade política nas sociedades, que hoje é complexa e plural e não está devidamente representada no sistema posto.

No entendimento de Cohen, a democracia deliberativa possui três princípios essenciais

ao seu funcionamento, para que ocorra a discussão livre e racional entre cidadãos iguais. O primeiro é o princípio da inclusão deliberativa, todos são cidadãos e possuem os mesmos direitos, é o respeito ao princípio do pluralismo. O segundo é o princípio do bem comum, um comum acordo entre a sociedade para definir as prioridades sociais, para que se tenha justiça social. O terceiro é o princípio da participação, a garantia de direitos iguais de participação a todos, direito de votar, de associação, de ser eleito e igualdade na influência das decisões (Cohen, 1999b, p. 36-38).

Para o contexto brasileiro que se analisa neste trabalho, observa-se que estes princípios são fundamentais, uma vez que respeitam o pluralismo e objetivam a igualdade entre todos os cidadãos. Na democracia deliberativa, a democracia se baseia em um poder político feito pela discussão pública de cidadãos livres e em condições iguais de participação.

Conforme explica Lüchmann (2012, p. 72) na democracia deliberativa o que dá legitimidade ao poder é a esfera pública, ocupada pelas associações da sociedade civil, que por serem mais próximas dos cidadãos, identificam os seus problemas e demandas. A ausência da participação da sociedade civil nas decisões retira o seu caráter democrático.

Cohen (2000, p. 40) explicita que a democracia deliberativa dá destaque às associações secundárias, uma vez que representam interesses de uma grande parte da sociedade que está sub-representada. Ou seja, a atuação destas associações é fundamental para que se garanta a participação destas pessoas, são grupos organizados que se situam entre o mercado e o Estado.

Os movimentos sociais têm a função fundamental de garantir a democratização das relações sociais na sociedade civil, sendo que as novas políticas de inclusão devem ter atuação primordial destes movimentos, que legitimam a tomada de decisões pelo Estado, uma vez que possuem contato direto com grande parte da população que não está representada no parlamento ou no Estado.

Neste sentido, em uma sociedade em que a população LGBTI+ é sub-representada no Parlamento, é de suma importância a atuação dos movimentos sociais para que suas demandas sejam analisadas, no entanto, é importante que também ocorra uma modificação no modo que as decisões do Estado são tomadas, para que se tenha mais atenção e participação dos movimentos sociais e associações, só assim é que haverá legitimidade democrática.

Pereira (2012, p. 12) salienta que o conflito é de suma importância para o debate público, sendo que os movimentos sociais influenciam e são influenciados pelo contexto em que se inserem. A atuação dos movimentos sociais é importante para demandar as mudanças que os grupos excluídos anseiam.

Os movimentos sociais possuem o objetivo de construir condutas mais horizontais,

com consensos e participação, sendo importante para isso uma qualidade da comunicação dos movimentos sociais com a sociedade (Pereira, 2012, p. 14).

Para um verdadeiro aprofundamento democrático, é crucial que ocorra a ação dos movimentos sociais, que são essenciais na construção de novos espaços deliberativos e na crítica às instituições públicas, de modo que colocam em debate questões estão marginalizadas (Pereira, 2012, p. 14).

Pereira (2012, p. 14) concebe que neste sentido os conflitos são importantes, tanto no que chama de eixo vertical (Estado-sociedade civil), bem como no eixo horizontal (entre atores da sociedade civil), de modo que podem resultar consensos, falsos consensos e dissensos, que são levados a discussão.

Avritzer (2000, p. 25) traz uma importante reflexão a esta temática. Aduz que desde os anos de 1970 surge uma nova teoria democrática que avalia os argumentos no processo deliberativo, sendo que autores como Cohen propuseram teorias que valorizam os movimentos sociais no processo decisório, sendo que o momento argumentativo se caracteriza como o intercâmbio das razões feito pelo público.

Neste sentido, a teoria de Cohen valoriza o pluralismo das ideias, sendo que todos os indivíduos são iguais e podem cooperar para uma decisão que seja mais abrangente com a opinião de toda a sociedade.

Para Cohen (1999b, p. 6) a democracia deliberativa está sustentada no ideal de associações, sendo que os cidadãos devem compartilhar um compromisso para deliberação, considerando as instituições básicas que fornecem a estrutura para a deliberação pública como legítimas.

O autor considera que o modelo deliberativo ideal se baseia no argumento público e no raciocínio entre cidadãos iguais, este modelo possui cinco características principais. A primeira é que a democracia deliberativa se fundamenta no associativismo contínuo e independente. A segunda é que os cidadãos compartilham do entendimento que a livre deliberação entre os iguais é a base da legitimidade. A terceira é que a democracia deliberativa se caracteriza pelo pluralismo, os membros possuem concepções diversas. A quarta é que os membros compreendem que os procedimentos deliberativos é que dão legitimidade para as decisões. A quinta é o reconhecimento mútuo da capacidade deliberativa dos membros (Cohen, 1999b, p. 7).

Para Cohen (1999b, p. 8) os resultados da deliberação são considerados legítimos apenas se forem objeto de acordo livre e fundamentado entre iguais.

Importa salientar o aspecto da igualdade na teoria de Cohen, que deve ser sempre um

objetivo a ser perseguido, uma vez que a história é composta por grupos excluídos.

Cohen (2000, p. 24) defende que a legitimidade da democracia decorre das discussões e decisões pelos membros da sociedade, desde que realizadas em instituições sociais e políticas destinadas a reconhecer essa autoridade coletiva.¹⁰

Cohen tem uma proposta de ampliar a democracia deliberativa, que não é apenas uma forma de política, mas um marco de condições sociais e institucionais que possibilita a discussão entre cidadãos iguais e livres (Cohen, 2000, p. 29).

Portanto, ao se analisar o contexto brasileiro em que a população LGBTI+ não é representada no parlamento, é importante que os movimentos sociais construam com as instituições uma espécie de democracia deliberativa, em que passem a participar mais da deliberação e das questões políticas, o objetivo é que se aumente a igualdade e participação das deliberações do Estado. Sendo que o modelo deliberativo é ideal e que deve ser perseguido pelos movimentos sociais para que se atinjam seus objetivos é o associativismo contínuo, a livre deliberação como base de legitimidade e o pluralismo como base da democracia.

Neste sentido, utilizando o conceito de Cohen, a decisão do Estado só será legítima quando for objeto de acordo livre e fundamentado entre iguais, na ausência desse acordo é que os movimentos sociais agem para dar legitimidade à essas decisões.

4.3. O Movimento LGBTI+ no Brasil

A partir da teoria de Cohen, percebemos que para uma democracia que tenha uma representação efetiva dos grupos excluídos é fundamental a ação dos movimentos sociais, é neste sentido que será estudado brevemente o percurso do movimento LGBTI+ no Brasil.

O ano de 1978 é o marco para o ponto de partida de uma ação organizada do movimento LGBTI+ no Brasil. Deve-se ter em conta que o país estava imerso em uma ditadura militar autoritária, que ditava normas sobre costumes e marginalizava, tratava com violência e opressão a população LGBTI+.

Quinalha (2019) compreende que o movimento LGBTI+ surgiu como um movimento plural, sendo que despontou em 1978 com a criação do SOMOS. Para o autor a história do movimento LGBTI+ se divide em três ondas, a primeira de 1978 a 1983 (aproximadamente) a segunda de 1984 a 1993 (aproximadamente) e a terceira de 1994 até a atualidade.

¹⁰ Del carácter institucional de la democracia - esa legitimidad emerge de las discusiones y decisiones de los miembros de la sociedad, en tanto estas se lleven a cabo, y se expresen en el seno de instituciones sociales y políticas diseñadas para reconocer dicha autoridad colectiva (Cohen, 2000, p. 24).

A primeira onda se caracteriza por um movimento combativo e revolucionário, uma vez que era o momento de ditadura militar. Quinalha (2019) traz uma importante reflexão, demonstra que a direita, que dominava o governo, se negava a aceitar os homossexuais, no entanto, a esquerda que era a resistência ao governo, em sua maioria não aceitava os homossexuais, uma vez que reproduziu os conceitos moralistas de gênero do Stalinismo e do estado Soviético, sendo que a homossexualidade era vista como a decadência burguesa (Quinalha, 2019).

Em 1978, com um início de abertura nacional, foi inaugurado o jornal Lampião da Esquina, um jornal sobre cultura homossexual, sua primeira edição já trazia questionamentos acerca de arte, cultura e opressão. Foi o primeiro jornal do país a tratar de homossexualidade como questão social e política. O jornal logo teve destaque por tratar a homossexualidade de um modo diferente, mostrando que os homossexuais eram minorias oprimidas e que deveriam ter direito a se manifestar. O jornal possuía visão pluralista, então tratava de movimento feminista, movimento negro, transexualidade, indígenas, prisioneiros, ecologia e outros temas. O objetivo era atingir públicos diferentes (Simões; Facchini, 2009, p. 84).¹¹

Neste sentido, os homossexuais estavam em uma situação complexa, em que não eram aceitos nem pelo governo e nem pela oposição, é neste ambiente adverso que surge o SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual em maio de 1978, seu primeiro ato público foi junto ao Movimento Negro Unificado em maio de 1979 (Quinalha, 2019).

Em 1978, um grupo de artistas, intelectuais e profissionais liberais, estava se reunindo semanalmente em São Paulo para discutir sobre a vida dos homossexuais na cidade, o grupo adotou o nome de Somos – Grupo de Afirmação Homossexual, em fevereiro de 1979 o grupo participou de um debate na Universidade de São Paulo, que foi de grande importância, uma vez que legitimou o grupo como interlocutor do movimento homossexual. No ano de 1979 o grupo teve rápida expansão, com novos integrantes homens e mulheres, o grupo tinha reuniões semanais e diversos subgrupos em que se ensinava a ser militante homossexual (Simões; Facchini, 2009, p. 98).

Quinalha (2020) explica que uma das funções primordiais do grupo, eram as reuniões em que as pessoas se apresentavam, uma vez que naquele período, os homossexuais não eram

¹¹ O jornal sempre deu grande ênfase às questões de discriminação, violência e arbitrariedade policial que atingiam homossexuais, por meio de chamadas de impacto (por exemplo: "Crimes sexuais", em novembro de 1978; "Geni é a mãe" em março de 1980; "Querem matar os travestis" em maio de 1980; "A volta do esquadrão mata-bicha" em junho de 1980). Por ocasião da primeira visita do papa João Paulo II ao Brasil, a edição de julho de 1980 trouxe matérias sobre os "vinte séculos de repressão" da Igreja Católica, numa capa agressiva em que uma caricatura de Cristo na cruz, encimada por uma placa em que se lia "homossexual " em lugar do "I.N.R.I", era rodeada por figuras de aspecto funesto com paramentos de bispo (Simões; Facchini, 2009, p. 84).

4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN

representados na mídia, jornais, televisão, rádio. Assim as pessoas LGBTI+ não tinham referências de sua própria identidade, que era construída nesses debates de grupo.

Em abril de 1980 ocorreu o I Encontro de Grupos Homossexuais Organizados (EGHO) e o I encontro Brasileiro de Homossexuais (EBHO). Vários grupos de outros Estados compareceram ao encontro. Nas pautas do encontro estava a retirada da homossexualidade do código de doenças, a introdução do termo opção sexual na Constituição e a legalização jurídica dos grupos (Simões; Facchini, 2009, p. 106).

Quinalha (2019) destaca que de 1978 a 1983 surgiram 22 grupos homossexuais organizados, o que foi de grande importância, uma vez que a cultura dos grupos se espalhou a todo país.

O período da ditadura militar foi marcado pela violência contra os homossexuais, ocorriam operações em finais de semana para a “limpeza” dos bairros em que se prendiam 500 pessoas, entre homossexuais, travestis e prostitutas. Os presos eram torturados e extorquidos durante dias nas delegacias (Quinalha, 2019).

É neste sentido que o movimento homossexual do período era bastante combativo e contra o Estado repressor, como era um contexto de ditadura, o movimento não reivindicava direitos, mas apenas combatia a ditadura. A luta era pela democracia (Quinalha, 2019).

A partir de 1983 se inicia a segunda onda do movimento, com a epidemia do HIV, vários homens gays morrem de AIDS, ocorrendo uma diminuição dos grupos, antes eram 22, passou a 2 grupos mais ativos, o Grupo Gay da Bahia e o Triângulo Rosa do Rio de Janeiro (Quinalha, 2019).

Contudo, é muito interessante observar que inicialmente a epidemia de HIV enfraquece o movimento, mas ao mesmo tempo, dá visibilidade aos direitos sexuais, que passam a ser questionados e debatidos na mídia. Principalmente pelo uso de métodos contraceptivos (Quinalha, 2019).

A epidemia de HIV retirou o tabu do debate sobre sexualidade, de modo geral, as pessoas passaram a falar de método contraceptivo, prática sexual segura, resposta comunitária (a comunidade LGBT passou a se apoiar). O Estado não cuidava da população e a comunidade passou a procurar respostas (Quinalha, 2020).

Neste sentido, a militância passou a se profissionalizar, uma vez que houve investimento estrangeiro, de ONGs, de secretarias de saúde, Ministério da Saúde. O foco da militância mudou, passou a ser pragmático, com foco no direito, como a campanha “É legal ser homossexual” (Quinalha, 2019).

Uma das grandes campanhas do movimento nesse período foi pela despatologização da homossexualidade, que foi retirada do Código de Classificação de Doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social, em 1985, o que ocorreu antes da própria Organização Mundial da Saúde (Simões; Facchini, 2009, p. 121).

Um dos grupos mais atuantes do período e que possui atuação importante até a atualidade, é o Grupo Gay da Bahia, que foi o primeiro a ter registro como sociedade sem fins lucrativos como agremiação de homossexuais, em 1983 (Simões; Facchini, 2009, p. 123).

A epidemia provocou uma aproximação positiva entre os homossexuais e as autoridades médicas, que passaram a se unir para combater a epidemia entre o grupo. Já em 1988 foi feito o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST), dentro do Ministério da Saúde (Simões; Facchini, 2009, p. 131).

O financiamento decorrente do HIV, não se deu em uma situação ideal, uma vez que ocorreu pela epidemia, no entanto, fortaleceu o movimento homossexual, que estava enfraquecido e voltou a crescer. Houve transfiguração da homossexualidade e o aumento de sua visibilidade (Simões; Facchini, 2009, p. 138).

Já a terceira onda, ocorreu a partir de 1993, o movimento LGBTI+ passou a ter mais mídia, começou a dialogar com a sociedade e seus costumes (Quinalha, 2019).

Iniciaram as paradas LGBTI+, eventos públicos, encontros nacionais frequentes, pressão no Estado para a conquista de direitos, os partidos passaram a ter setoriais LGBTI+. Houve uma conquista de direitos muito importante (Quinalha, 2019).

Nos anos 1990 foram formados muitos grupos e associações, houve muita presença na mídia, participação de movimentos de direitos humanos, vinculação a redes internacionais, ação junto ao Congresso Nacional, STF e poder Executivo e a criação do dia do orgulho LGBTI+ (Simões; Facchini, 2009, p. 138).

Partidos como o PT e PSTU passaram a ter setoriais LGBT. Após os anos 2000, começaram a propor candidaturas de pessoas LGBT (Simões; Facchini, 2009, p. 138).

Outro passo importante foi o lançamento do programa Brasil sem homofobia em 2004 e em 2005 se iniciaram práticas do programa para prevenção a homofobia, como oferta de aconselhamento psicológico e assessoria jurídica, qualificação de profissionais de educação (Simões; Facchini, 2009, p. 145).

Conforme já explicitado neste trabalho, o movimento LGBTI nos anos 2000 teve uma notável conquista de direitos.

Em 2000 o INSS reconheceu a união estável entre homossexuais, o que garantia direitos previdenciários, em 2008 o SUS passou a fazer a cirurgia de redesignação homossexual.

Em 2010 o STJ garantiu o direito dos homossexuais de adotarem filhos. Em 2010 a ANS permitiu incluir o parceiro do mesmo sexo como dependente do plano de saúde. Em 2011, houve equiparação das relações de pessoas do mesmo sexo à União Estável com igualdade de direitos de família, direitos sucessórios, plano de saúde, pensão alimentícia. Em 2013 o CNJ emitiu a Resolução nº 175 para obrigar os cartórios a celebrarem casamentos de pessoas do mesmo sexo. Em 2018 o STF pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275 permitiu que transexuais e travestis alterassem o nome e o gênero no registro civil sem necessidade de cirurgia de redesignação sexual ou decisão judicial. Em 2019 o STF pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, passou a criminalizar a LGBTfobia, sendo enquadrada nos crimes da lei do racismo, até que uma lei específica seja aprovada no Congresso Nacional. Esta decisão será estudada com aprofundamento no último capítulo deste estudo.

Por fim, em 2020 o STF declarou inconstitucionais as normas do Ministério da Saúde e ANVISA que exigiam de homens homossexuais e bissexuais a abstinência sexual de 12 meses para doação de sangue, de acordo com a Ação Direta de Constitucionalidade nº 5543.

4.3.1. Estatísticas Sobre a Vida da População LGBTI+ no Brasil

Tendo em consideração toda a história do movimento LGBTI+ no Brasil, em seus mais de 40 anos de luta, serão explicitados alguns dados e estatísticas, para que se compreenda a razão pela qual o movimento luta há anos no Brasil e deve continuar a lutar.

Afinal, não se discute apenas a conquista de direitos, este tópico do trabalho tem o nome de dados sobre a vida da população LGBTI+ no Brasil, porém poderiam ser os dados sobre a violência e a morte desta população, que ainda sofre violência e é marginalizada.

Inicialmente, será visto o relatório feito pelo Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil 2020, do Grupo Gay da Bahia – GGB e Acontece Arte e Política LGBTI+, organizado por Gastaldi *et al*, de acordo com as estatísticas, de 1990 a 2020 houve um aumento de 60% no número de mortes de pessoas LGBTI+ no Brasil, sendo o pico em 2017, quando foram registradas 445 mortes (Gastaldi *et al*, 2020, p. 10).

O relatório esclarece que o motivo da queda de mortes não é explicado, sendo que a redução de mortes não ocorreu por políticas públicas do Estado, contudo, por oscilação numérica e provável subnotificação. Para o Movimento Acontece LGBTI+ e o Grupo Gay da Bahia este é um dado animador, no entanto, como não há esclarecimentos quanto a redução de

mortes, os grupos defendem que os esforços devem ser redobrados para que se supere a homofobia estrutural (Gastaldi *et al*, 2020, p. 10).

O relatório também esclarece que a criminalização da homofobia, pelo STF em 2019, pode ser um fator determinante na redução dos homicídios (Gastaldi *et al*, 2020, p. 25).

De igual importância é Atlas da Violência, um relatório anual que organiza informações acerca da violência do Brasil, é gerido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o relatório de 2020 esclarece que com a pandemia de coronavírus, foi um grande desafio para os LGBTI+ fazerem o isolamento social, uma vez que grande parte da violência ocorre na própria residência (IPEA, 2020, p. 65).

O Atlas ressalta uma questão pouco discutida, a ausência de registros oficiais dos Estados, que mesmo com uma resolução federal de 2014 que estabelecia a inclusão de identidade de gênero e orientação sexual para registro nos boletins de ocorrência, isso não ocorre em alguns estados, o que impede que os números sejam reais (IPEA, 2020, p. 67).

O Atlas da Violência demonstra que as vítimas de LGBTfobia são em sua maioria negras, habitantes de zonas urbanas e solteiras. As mulheres são mais vitimadas (IPEA, 2020, p. 66).

A criminalização da LGBTfobia ocorreu pelo uso da Lei do Racismo (Lei nr. 7.716 de 1989), o Atlas traça um paralelo entre os dois crimes, sendo que do mesmo modo que nem todos os pretos tem seu crime enquadrado na lei do racismo, nem todos os LGBTI+ tem seus crimes enquadrados na lei também (IPEA, 2020, p. 66).

A nota técnica da Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2020, p. 12) traz uma reflexão de grande importância, esclarece que o Jornal Nacional (jornal de maior audiência da televisão brasileira) solicitou aos 26 estados e ao Distrito Federal as ocorrências de homofobia e transfobia de 13/06/2019 (data da criminalização da LGBTfobia) a 13/06/2020, apenas 16 entes possuíam a estatística solicitada, os outros 11 estados afirmaram que não poderiam fornecer os dados, 9 estados com justificativas e 2 estados sem justificativas.¹²

É premente que se crie um protocolo nacional para que seja feito um banco de dados efetivo acerca de crimes de LGBTfobia, a nível de estados e a nível federal, para que se possa

¹² Falta de um modelo padronizado de registro de ocorrências de forma a explicitar a motivação LGBTfóbica (MA, SE) • Preenchimento não obrigatório dos campos de motivação (SE) • Não possibilidade de pesquisa pois não há um tipo penal com o nome de “homofobia, lgbtfobia ou transfobia” (MA, RO) • Pela decisão do STF ter sido no sentido de incluir a homotransfobia na Lei de Racismo, não há dados específicos sobre a motivação LGBTfóbica, somente havendo dados gerais sobre a Lei de Racismo (MG, RJ, RS) • No registro, não há diferenciação entre o tipo penal da Lei 7.716/89, que foi pedido, e demais crimes motivados pela LGBTfobia ou Homofobia (ES, SC) (FGV, 2020, p. 12).

ter estatísticas mais próximas da realidade e assim direcionar melhor as políticas públicas necessárias.

Conforme demonstra a Nota técnica da FGV (2020, p. 15), na ausência de dados por parte do Estado, a sociedade civil por meio do GGB e da ANTRA se organizam e elaboram os dados anualmente, a partir de notícias de jornais.

A Nota técnica da FGV (2020, p. 21) defende políticas públicas direcionadas a população LGBTI+, nas áreas de Assistência Social, Saúde, Moradia, Segurança Pública, Emprego, Educação e cultura. Sendo que muitas pessoas LGBTI+ são chamadas de problemas complexos, por exigirem uma solução interdisciplinar.

O Brasil pelo 13º ano consecutivo está no topo dos países mais violentos para a população transexual, de acordo com o *Trans Murder Monitoring*¹³, os dados mostram que em 2020, 175 pessoas transexuais foram mortas no Brasil (TGEU, 2020).

A expectativa de vida das pessoas transexuais no Brasil é de 35 anos, metade do que a média nacional (Brasil, 2017).

Ou seja, após mais de 40 anos de luta, após conquista de direitos e criminalização da homofobia, o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, mesmo com grande subnotificação, é neste sentido que é imprescindível que o movimento LGBTI+ continue sua incansável luta em busca de igualdade e garantia de direitos, todas as pessoas são iguais e merecem respeito, a população LGBTI+ deve ter garantido o direito básico à vida.

4.4. A Defesa da Atuação do STF não Implica em Defesa do Ativismo Judicial

Antes de iniciar o tópico em que será estudada a criminalização da LGBTfobia, é importante ressaltar que a defesa por uma constitucionalidade social não é sinônimo de se defender um ativismo judicial, em que os juízes agem sem limites. O que se defende é uma interpretação do STF de acordo com os direitos fundamentais.

Como já estudado no Constitucionalismo Democrático, foi verificado que a fronteira entre direito e política é fluida, não se trata de uma divisão rígida, uma vez que ambos os núcleos se interrelacionam.

Barroso (2012a, p. 24) apresenta um estudo em que diferencia a judicialização do ativismo judicial. Em seu entendimento, a judicialização demonstra que questões importantes politicamente ou socialmente estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelo Executivo

¹³ Observatório de Assassinatos Trans, tradução do autor.

ou Legislativo. Para o autor, o fenômeno ocorre por algumas causas que serão analisadas.

A primeira causa mencionada por Barroso (2012a, p. 24) é a promulgação da CRFB em 1988. O autor demonstra que houve recuperação dos poderes e garantias da magistratura, sendo que o Judiciário se expandiu e se transformou em um poder político que garante a aplicação da Constituição e das leis, mesmo que ocorra confronto com outros poderes.

A segunda causa analisada por Barroso (2012a, p. 24) foi a constitucionalização abrangente que ocorreu no Brasil, ou seja, a CRFB passou a tratar de mais matérias do que tratava antes, como ocorreu na Constituição de Portugal de 1976 e na Constituição da Espanha de 1978. O autor menciona que a CRFB é analítica e desconfiada do legislador, sendo que se uma matéria passa a ser disciplinada pela Constituição, potencialmente pode ser formulada sob ação judicial.

A terceira causa explicada por Barroso (2012a, p. 25) é que o sistema de constitucionalidade brasileiro é um dos mais abrangentes do mundo, sendo um híbrido do modelo estadunidense e do modelo europeu. A parte do modelo oriunda dos Estados Unidos da América é o controle incidental e difuso, ou seja, qualquer juiz pode deixar de aplicar uma lei que considere inconstitucional, quando analisa um caso concreto. Já a parte do modelo oriunda da Europa (Kelsen) é a que determina ações diretas analisadas pelo STF. Barroso ainda menciona que existe um direito de propositura amplo, em que inúmeros órgãos, entidades, sociedades, dentre outros podem ajuizar ações no STF.¹⁴

Barroso (2012a, p. 25) compreende que a judicialização existe no STF, no entanto, não ocorre por opção ideológica ou filosófica da Corte, que apenas cumpre o seu papel constitucional. Ou seja, a judicialização no Brasil é uma consequência e não uma ação deliberada e política do STF, que é provocado a se pronunciar em questões e se limita a cumprir e interpretar a Constituição e as leis.

Diferentemente é o ativismo judicial, em que Barroso (2012a, p. 25) compreende ser uma escolha da Corte, ou seja, o Judiciário passa a agir com interferência no espaço de outros Poderes, com aplicação da Constituição em situações não previstas em seu texto, declaração de

¹⁴ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.
[...] (Brasil, 1988).

inconstitucionalidade com violação da Constituição e a imposição de condutas ao Poder Público em matéria de Políticas Públicas.

Igualmente importante são as críticas à judicialização e ao ativismo judicial que Barroso (2012a, p. 26) analisa, a primeira é o risco para a legitimidade democrática, ou seja, os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, ou seja, um órgão com juízes não eleitos pode invalidar decisões do Presidente eleito ou do Congresso eleito? Qual a justificativa para a atuação contra majoritária do STF? A primeira justificativa é normativa, está prevista expressamente na CRFB, em que os magistrados estão fazendo aplicar a lei e a Constituição, cabe aos juízes atribuir sentido a expressões vagas ou muito abrangentes. A segunda justificativa do autor é filosófica, sendo que o Estado constitucional democrático combina o constitucionalismo (respeito aos direitos fundamentais e poder limitado) e a democracia (soberania popular). O poder é baseado na vontade da maioria, sendo que a Constituição deve proteger os direitos fundamentais e pelas regras democráticas.

Neste ponto, novamente a questão das maiorias é enfrentada, ou seja, o poder da maioria não é infinito e ilimitado, deve respeitar a Constituição e os direitos fundamentais. As minorias também devem ser respeitadas, por isso que se defende a atuação do STF neste ponto.

Para Barroso (2012a, p. 27) a atuação do STF só é legítima quando as decisões são fundamentadas racionalmente na CRFB.

A segunda crítica que é analisada por Barroso (2012a, p. 27) é o risco de politização do judiciário, de modo que o juiz só deve agir com base na Constituição e nas leis, o juiz deve respeitar a presunção de constitucionalidade das leis. O juiz exerce poder contra majoritário, sendo que seu papel é garantir a garantia dos direitos fundamentais, mesmo que essa decisão seja contra as maiorias políticas, essa intervenção tem a função de garantir a democracia.

Acrescentam Lins Júnior e Mesquita (2019, p. 186) que as decisões do STF não podem ser reduzidas a intromissões em outros poderes, uma vez que os objetivos e princípios do Estado Democrático de Direito e a CRFB estão garantidos, sendo que as garantias estão sendo estendidas aos LGBTI+, ainda que em uma situação de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, é fundamental a função contra majoritária do STF. De modo que o STF deve aprimorar a hermenêutica nas decisões que garantem direitos, como em casos da população LGBTI+, de modo que se utilizem critérios racionais nas decisões.

Neste sentido, é importante mencionar que o STF nos casos acerca de direitos LGBTI+ apenas faz cumprir a Constituição, que em seu artigo 5º, §1º estabelece que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, as normas do artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata, não

são normas programáticas ou dirigentes. Assim a garantia de igualdade que o artigo traz em seu *caput*, a garantia à vida privada e intimidade (inciso X), a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI), a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível (XLII) possuem aplicação imediata e são fundamentos para as decisões do STF acerca dos direitos da população LGBTI+.

Este trabalho não possui o propósito de defender uma atuação livre dos juízes do STF, com liberdade criadora de direito como possui o Poder Legislativo, o que os juízes fazem é uma interpretação das leis e da Constituição, garantindo os direitos e garantias fundamentais.

Os movimentos sociais atuam no momento da interpretação que se passa do paradigma universal para o particular, ou seja, os movimentos apontam ao STF os critérios que devem ser utilizados na aplicação da lei.

As leis e a Constituição permanecem asseguradas, no caso da Lei de Racismo que será discutido no próximo tópico, a discussão ocorreu em torno do conceito de racismo na lei, ou seja, a lei já existia, foi analisada a lei e a Constituição. No caso da união homoafetiva, foi analisado o artigo nº 1.723 do Código Civil, sendo dada interpretação conforme a Constituição (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277).

Ou seja, o STF está interpretando as leis e a Constituição, tendo em vista as reivindicações dos movimentos sociais, que buscam ampliar o horizonte de garantia de direitos à população LGBTI+.

O ideal é que esses direitos fossem consolidados por lei, para que houvesse mais segurança jurídica, uma vez que na atualidade, a população LGBTI+ possui direitos, mas não possui o direito.

Portanto, este trabalho não defende o ativismo judicial, porém a interpretação do STF em garantia aos direitos fundamentais, com a atuação dos movimentos sociais que indicam ao Tribunal como a interpretação deve ser feita, pelo que é uma interpretação legítima, de acordo com a Constituição, direitos fundamentais e movimentos sociais de cidadania.

4.5. O Grande Êxito do Movimento LGBTI+: A Criminalização da LGBTfobia

Na parte final deste estudo, será estudada a criminalização da LGBTfobia no Brasil, para que se compreenda todos os aspectos mencionados desde o início do texto, desde a ausência do compromisso kelseniano, a ação dos movimentos sociais e a concretização de direitos por parte do STF.

4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN

A luta pela criminalização da homofobia ocorre há anos pelo movimento LGBTI+, com ações significativas, como a 16ª Parada LGBT, que teve como tema a educação e a criminalização da homofobia (Central Única dos Trabalhadores, 2012).

No ano de 2018, um ano antes da criminalização da homofobia, a pesquisa Datafolha registrada no TSE (Tribunal Superior Eleitoral) com o número BR-05743/2018 trouxe números importantes, para 74% dos brasileiros a homossexualidade deve ser aceita por toda sociedade, 18% entendem que deve ser desencorajada e 8% não opinaram sobre o tema. O número de 74% é significativo e mostra a modificação dos costumes na sociedade, que se mostra mais inclusiva (Folha de São Paulo, 2018).

Inicialmente será verificado o que o advogado Paulo Iotti Vecchiatti compreende acerca do tema, é fundamental verificar seu entendimento, por ter sido o advogado que propôs as duas ações para a criminalização da homofobia e o advogado que fez a sustentação oral perante o STF.

A criminalização da homofobia foi feita pelo julgamento conjunto de duas ações, a primeira foi o Mandado de Injunção nr. 4733, de autoria da Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos, designada pela sigla ABGLT, por intermédio do advogado Paulo Iotti Vecchiatti, em 2012 a segunda ação foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista, por intermédio do advogado Paulo Iotti Vecchiatti em 2013.

Os movimentos sociais participam ativamente das ações, se não como autores quando não podem, como *amicus curiae*, o amigo da corte, que atua em prol de um interesse no processo, sua atuação dá legitimidade às decisões, por incluir mais pessoas no processo¹⁵.

Na ADO 26 participaram com o *amicus curiae*, a favor dos interesses da população LGBTI+: o Grupo Gay da Bahia (GGB), a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais e Intersexos (ABGLT), o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS), Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Conselho Federal de Psicologia e a Associação Nacional de Travestis e Transsexuais (ANTRA).

¹⁵ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (Brasil, 2015).

No Mandado de Injunção nº 4733, participaram como *amicus curiae*, a favor da população LGBTI+ Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, Conselho Federal de Psicologia e o Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFAM).

Vecchiatti (2019) explica que o mandado de injunção foi interposto em 2012, logo após a decisão da união homoafetiva, sendo que era um período de grande entusiasmo, em que acreditavam que a jurisprudência do tribunal estava em modificação.

O fundamento das ações era a Constituição, se a CRFB ordena que o congresso faça leis e este não cumpre, as disposições constitucionais não podem ser apenas sugestivas, devem ser cumpridas.

A Constituição dispõe em seu artigo 5º, incisos XLI que a lei pune qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, já no inciso XLII estabelece que o racismo é crime inafiançável e imprescritível.¹⁶

Neste sentido, o fundamento da ação é que o STF tem a função de garantir que as normas sejam respeitadas, neste caso, a CRFB estabelece claramente que a lei irá punir qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais, neste sentido, é evidente que a LGBTfobia atenta direitos e liberdades fundamentais, uma vez que impede esta parcela da população de viver livremente, sendo que podem ser atacados moral, psicológica ou fisicamente apenas por mostrarem quem são em público.

Assim, Vecchiatti (2019) demonstra que o judiciário tem a função de impor o cumprimento de uma norma jurídica, sendo que o STF utilizou a lei do racismo de modo temporário, já que a CRFB tem o objetivo de que seja criada lei para disciplinar a matéria.

A CRFB não é uma constituição liberal, é uma constituição dirigente, que possui anseios e traz ordens e deliberações que devem ser tomadas, por exemplo, a questão da greve do serviço público, em que estava garantido o direito na CRFB a ser regulamentado por lei. A Constituição ordena que se criminalize racismo, tortura, que se regulemente aviso prévio, greve do serviço público, Vecchiatti (2019) defende que estas não são sugestões, são obrigações constitucionais, o poder legislativo tem a obrigação de legislar. Ou seja, existia uma obrigação constitucional de se criminalizar a homofobia.

Vecchiatti (2019) esclarece que a segurança é um dever do Estado, sendo que a falta de proteção da população LGBTI+ configura uma omissão constitucional, o Estado tem a

¹⁶ XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (Brasil, 1988).

obrigação de proteger os grupos vulneráveis.

É evidente a situação apontada por Vecchiatti de omissão constitucional, uma vez que o Brasil é pelo 13º ano consecutivo o país que mais mata mulheres transexuais no mundo e a LGBTfobia foi criminalizada apenas em 2019. Ou seja, a omissão constitucional perdurou por anos, um grupo marginalizado e desprotegido ficou anos sem uma tutela legislativa específica.

Vecchiatti ainda faz uma analogia da criminalização da LGBTfobia com outras leis que protegem grupos específicos, como a lei do racismo, a lei Maria da Penha, a lei do feminicídio, a lei de proteção ao idoso, a lei de proteção à criança e adolescente, o autor demonstra que todos estes grupos são vulneráveis e tiveram tutela de proteção elaborada pelo Congresso Nacional, com exceção da população LGBTI+. Para Vecchiatti (2019) esta situação demonstra a incoerência legislativa do Brasil, uma vez que a população LGBTI+ não luta por privilégios, mas por proteção penal.

A luta pela criminalização da LGBTfobia é uma luta por sobrevivência, sendo que a expectativa de vida das mulheres transexuais no Brasil é de 35 anos e a média nacional é 70 anos, a necessidade desta proteção específica é mais do que evidente.

Vecchiatti ainda traz uma reflexão de que o direito penal impõe a tolerância, a proibição de discriminação, agressão, esta proteção é fundamental na sociedade, uma vez que apenas a lei não irá acabar com a LGBTfobia, mas irá trazer maior proteção, nas palavras do autor, o homicídio e o estupro são crimes, ainda são praticados, contudo muitas pessoas não os praticam pelo fato de ser crimes.

A criminalização da LGBTfobia traz uma proteção maior, no entanto, exige uma estrutura mais completa de leis e políticas públicas, que não estão sendo planejadas.

Um dos pontos fundamentais da discussão proposta por Vecchiatti (2019) é de que as ações utilizam como fundamento os incisos XLI e XLII do artigo 5º da CRFB, pelo conceito de racismo do STF no caso Ellwanger (STF, HC n.º 82.424/RS).

Neste caso, o STF decidiu que o conceito de racismo é político-social, devendo ser feita interpretação teleológica e sistêmica da CRFB para se compreender o sentido da norma. Sendo que o conceito de racismo deve ser observado pelo prisma histórico, sociológico e cultural, para Vecchiatti (2019) o conceito do artigo 5º, inciso XLII da CRFB inclui a homofobia transfobia, uma vez que o conceito jurídico constitucional de racismo é uma ideologia que defende a inferioridade de um grupo a outro.

Ou seja, o racismo nada tem a ver com divisão em raças humanas, que já foi provada inexistente, não é um conceito científico, é um conceito social, aqui é importante observar-se como a hermenêutica é importante, o racismo é uma construção social, que implica em um

sistema de poder e opressão, sendo que estimula a divisão de grupos e dominação de um grupo dominante sobre um grupo dominado.

É neste sentido que o Vecchiatti (2019), a partir dos estudos do penalista Guilherme Nucci, defendeu a criminalização da homofobia com base na lei de racismo.

Todos os racismos devem ser punidos, que sejam por diferença de cor ou por diferença de orientação sexual ou gênero.

Vecchiatti (2019) traz outra reflexão importante, a interpretação do STF não foi analógica, foi literal, foi a interpretação do conceito de racismo já decidido pela Corte em outro caso.

Portanto, Vecchiatti (2019) defende que a CRFB é uma constituição dirigente, sendo que a não criminalização da LGBTfobia era uma omissão constitucional.

Após ter estudado o que o autor da ação defende, será visto brevemente o voto do Ministro Relator Celso de Mello.

Mello (Brasil, 2019, p. 1) inicia seu voto explicando o papel contra majoritário do STF e acerca da autoridade de supremacia da Constituição, o que remete ao que já foi estudado neste trabalho acerca da doutrina de Kelsen.

Em seguida, Mello (Brasil, 2019, p. 7) insere um capítulo em seu voto em que traz esclarecimentos de terminologia, em que esclarece o significado da sigla LGBT, afirmando que esta comunidade se caracteriza por diversidade, contudo com um ponto em comum, a vulnerabilidade.

Mello (Brasil, 2019, p. 15) esclarece acerca da ideologia de gênero, sendo que afirma que a determinação de que “meninos vestem azul e meninas vestem rosa” impõe restrição de direitos em liberdades a população LGBTI+, que impõe um padrão heteronormativo à essas pessoas e incompatível com o pluralismo da sociedade.

Mello (Brasil, 2019, p. 26) explica que a criação de um crime é feita apenas por lei, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX da CRFB, sendo que a decisão jurisdicional não é sucedânea de uma norma legal. Só o Parlamento pode aprovar crimes e penas. O judiciário não possui função legislativa, seria usurpação de uma função constitucional do parlamento.

O voto do ministro é muito interessante e traz uma digressão histórica acerca de como a homossexualidade é tratada no Brasil, desde o período da colônia. Para Mello (2019, p. 35) a homossexualidade foi tratada com cruel repressão desde os primórdios da história brasileira, sendo que na atualidade, ninguém pode ser privado por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero.

Para o Ministro (Brasil, 2019, p. 36) a população LGBTI+ tem direito de receber igual

proteção das leis e da Constituição, sendo que a banalização da violência contra este grupo é equivalente à banalidade do mal de Arendt (conforme conceito de Vecchiatti adotado pelo relator).

O próprio Ministro ao se referir às estatísticas mencionadas neste trabalho acentua que deve ser considerado a alta taxa de subnotificação (Mello, 2019, p. 38).

Mello (Brasil, 2019, p. 43) reconhece a omissão do Estado, decorrente da inércia do Poder Legislativo, sendo que a inconstitucionalidade ocorre pela não adoção de medidas legislativas necessárias pelo Parlamento. O não fazer do Parlamento resulta na inconstitucionalidade por omissão.

A decisão ressalta a prolongada inércia do Poder Público, que gera um desrespeito à CRFB, haja vista após 30 anos da promulgação da Constituição não existir lei que puna a homofobia e a transfobia (Brasil, 2019, p. 45).

O Ministro utiliza o mesmo fundamento do advogado Paulo Vecchiatti, o artigo 5º, incisos XLI e XLII da CRFB, sendo que a mera proposição de lei no Congresso não cumpre o que dispõe a Constituição (Brasil, 2019, p. 47).

Mello (Brasil, 2019, p. 50) afirma que o estado comprovado de mora inconstitucional, com cláusula constitucional desrespeitada (artigo 5º, XLI e XLII, CRFB) justificam a intervenção do STF, uma vez que se fosse admitida a inércia do Estado, o STF estaria legitimando uma fraude a CRFB.

Para Mello (Brasil, 2019, p. 52) é nocivo que se aplique a CRFB apenas nos pontos que entendem ser convenientes.

Mello (Brasil, 2019, p. 80) adota o fundamento do advogado em sua decisão, em que compreende que a noção de racismo, para efeito da Lei n. 7716/89 não se resume a um conceito biológico, porém um conceito sociológico, abrangendo inclusive a homofobia e transfobia. Para o Ministro, o racismo utiliza da ignorância para fazer uma injusta negação da dignidade a um determinado grupo de seres humanos.

Para Mello (Brasil, 2019, p. 80) os critérios que identificam o racismo são identificados em dois fatores, a motivação preconceituosa e a finalidade, que é submeter a vítima a situação inferior.

Para o Ministro, a homofobia e a transfobia são formas contemporâneas de racismo, sendo então punidas pela Lei nº 7716/89¹⁷.

¹⁷ Tenho para mim que a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos como formas contemporâneas do racismo – e, nessa condição, subsumíveis à tipificação penal constante da Lei nº 7.716/89 – objetiva fazer preservar – no processo de formação de uma sociedade sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras

Sendo que a interpretação de lei não é a usurpação dos poderes do Congresso Nacional, sendo que neste caso a decisão não está formulando um tipo penal e nem cominando sanção legal, o que ocorre é a subsunção da homofobia e transfobia ao que está disposto em lei já existente (Brasil, 2019, p. 95).

Para Mello (Brasil, 2019, p. 104) os atos de preconceito ou discriminação em razão de orientação sexual ou identidade de gênero não podem ser aceitos, devem ser reprimidos, sendo que os regimes democráticos não podem conviver com a intolerância e discursos de ódio. Para o relator, a democracia é caracterizada pelo pluralismo.

Novamente o relator afirma que o STF é o guardião da Constituição, sendo que os Ministros do Tribunal devem garantir a integridade dos direitos fundamentais. Para o relator, se o STF não proteger os direitos fundamentais, estará falhando com o papel que lhe foi outorgado na Assembleia Constituinte (Brasil, 2019, p. 150).

Assim, por maioria, o Plenário do STF aprovou a tese do relator dividida em três pontos. O primeiro estabelece que até que o Congresso edite lei específica, a homofobia e transfobia serão enquadradas nos crimes da lei de racismo, se for homicídio, se qualifica por motivo torpe. O segundo ponto estabelece que a punição da homofobia e transfobia não viola a liberdade religiosa, uma vez que não deve ser aceito discurso de ódio. O último ponto é que o racismo ultrapassa questões de fenótipo e alcança violações à dignidade humana.

Vale salientar que um ano após a criminalização da homofobia o advogado Paulo Vecchiatti em entrevista salientou que a lei não atinge o cerne do problema, no entanto, aumenta a proteção dos LGBTI+. Para o advogado, um dos problemas é que as delegacias não estão preparadas para atender casos de homofobia e transfobia, sendo muitas vezes os próprios policiais os autores das violências (Vecchiatti, 2020).

O advogado ainda esclareceu que o próprio Judiciário tem resistência em considerar uma conduta como homofóbica ou transfóbica. Salienta que a criminalização foi uma vitória histórica no STF, no entanto, afirma que seria importante aprovar leis que expressassem os direitos e a proteção penal, bem como políticas públicas pelo Executivo federal, estadual e municipal, para que promovida a educação para a diversidade (Vecchiatti, 2020).

Portanto, pode-se verificar que o movimento LGBTI+ em uma luta histórica conseguiu que a LGBTfobia fosse criminalizada, uma das grandes vitórias do movimento, que não encerra

formas de discriminação (CF, art. 3º, IV) – a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações subalternas, disseminar, criminosamente, em exercício explícito de inadmissível intolerância, o ódio público contra outras pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (Brasil, 2019, p. 90).

4. A REPRESENTAÇÃO LEGÍTIMA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, CRÍTICA À TEORIA CLÁSSICA DA REPRESENTAÇÃO, A PARTIR DE PITKIN E COHEN

o ciclo de luta pela igualdade e pelo respeito, que ainda não estão presentes na sociedade brasileira. Por isso, com a inércia do Poder Legislativo, os movimentos sociais devem agir firmemente na proteção desta parcela da população que é marginalizada e excluída pelo Estado.

5. CONCLUSÃO

Dandara dos Santos, de 42 anos, travesti, foi vítima de uma das maiores cenas de violência transfóbica já registradas. No dia 15 de fevereiro de 2017, um grupo de homens, jovens, gravaram as agressões contra a vítima, dentre elas gritos, pauladas, chutes, e pedradas. Nas cenas registradas pelos agressores, é possível ver Dandara sentada no chão, já machucada e ensanguentada, sofrendo mais violência, sendo obrigada a subir em um carro tombador de obras. Muito debilitada e sem condições de andar, ela foi jogada com violência no veículo e levada ao fim da rua, onde foi morta com tiros no rosto. As cenas são assustadoras, repugnantes, em verdade, não existem adjetivos para qualificar essas cenas, que são facilmente encontradas na internet.

Os agressores foram a julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo condenados pelo homicídio da travesti, sendo essa a primeira sentença do país a ter acréscimo na pena por motivo torpe de homofobia, um marco na jurisprudência brasileira. De maneira inversa, a história de Dandara é uma dentre muitas, foi um sonho interrompido. Os agressores, com a certeza da impunidade, publicaram nas redes sociais o vídeo em que a agrediam até a morte.

O caso Dandara é comovente, e mais um dos casos de homofobia e transfobia que ocorrem no Brasil, sendo escolhido por exemplificar concretamente o que se objetiva tratar neste trabalho: a ausência da presença do Estado na proteção da minoria LGBTI+. À vista do estudo feito na presente dissertação, foi analisada a hipótese primordial de legitimidade da interpretação do STF para garantia de direitos à população LGBTI+, a partir das reivindicações dos movimentos sociais.

Devemos lembrar brevemente as teorias estudadas para compreender a legitimidade da interpretação do STF que garante direitos para a minoria em discussão. Iniciei a dissertação propondo um modelo teórico de constitucionalidade social, em que defendo a legitimidade dos movimentos sociais em sua ação e a tutela dos direitos LGBTI+ na sociedade e, para chegar a este modelo, utilizei como sustentáculo alguns estudos.

Primordialmente, a base filosófica do trabalho é a teoria de Kelsen, em que explicitarei primeiramente o texto *O problema do parlamentarismo* (1924), em que o autor defende a instituição parlamentar sustentada por um compromisso entre maiorias e minorias. A escolha desse texto ocorreu, principalmente, pelo tratamento que o autor dá às maiorias e às minorias no Parlamento. Para Kelsen, a existência de uma maioria implica na existência de uma minoria e, logo, o seu direito de existência, sendo que deve haver um compromisso entre as duas classes

5. CONCLUSÃO

para uma não seja dominada pela outra.

Compreendo que a escolha deste texto de Kelsen é fundamental por se observar uma completa inércia do Congresso Nacional brasileiro em tratar quaisquer demandas da população LGBTI+, conforme exposto no texto. Sob esse argumento, a cientista política Catarina Corrêa fez um levantamento que observou 24 projetos em tramitação no parlamento para retirada de direitos da população LGBTI+, como a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo, adoção por casais homoafetivos, entre outros. Sendo assim, observa-se que o que ocorre não é apenas uma inércia do Congresso, é a completa omissão constitucional de proteção e tutela de um grupo marginalizado e vulnerável. Desse modo não existe compromisso entre majorias e minorias acerca desse assunto no parlamento brasileiro, os temas apenas não são tratados.

Isto implica no segundo estudo de Kelsen que utilizei, *A Garantia da Jurisdicional da Constituição*, de 1931, o texto é de magnitude significativa, por ter sido resultado do debate com Karl Schmitt. A conclusão de Kelsen é que, para garantia jurisdicional da Constituição, deve existir um órgão especializado em tratar estas questões, o Tribunal Constitucional, sobre a qual destaco o trecho em que o autor traz importantíssima contribuição para o tema que estudamos. Sendo assim, a justiça constitucional tem o papel de proteger as minorias contra os exageros da maioria, posto que todas as minorias (de classe, nacionais ou religiosas) que tenham interesses garantidos na Constituição, possuem interesse na constitucionalidade das leis, uma vez que a democracia não é a ditadura da maioria. À vista dos dois estudos do autor, compreendi que na ausência do compromisso entre majorias e minorias no Parlamento, a resposta deve ser dada pelo Tribunal Constitucional, no caso brasileiro, o STF.

As obras de Kelsen não possuíam a temática de direitos LGBTI+, no entanto, suas teorias democráticas e constitucionais são de tamanha deferência que podem ser utilizadas como sustentáculo para a legitimidade destes novos direitos a partir das reivindicações dos movimentos sociais. De igual importância é a passagem de Kelsen sobre a legitimidade do Tribunal Constitucional como um legislador negativo, que entendo ser a fonte de legitimidade do STF, uma vez que, como um Tribunal Constitucional, os juízes possuem a legitimidade suficiente, feita por nomeação do representante eleito pela população, ou seja, a legitimidade indireta para defender a Constituição. Neste sentido, a teoria Kelseniana nos traz elementos suficientes para defender a legitimidade destes novos direitos, haja vista que o papel do STF é a proteção das minorias contra a dominação das majorias, sendo que com a ausência do compromisso no parlamento, a Corte Constitucional possui legitimidade para a interpretação destas novas garantias.

Em sequência, utilizei a teoria do Constitucionalismo Democrático, de Siegel e Post,

para demonstrar que não é apenas a decisão da Suprema Corte o ponto crucial na definição destes direitos, mas também a controvérsia que ocorre na sociedade em torno daquele tema. A teoria mostra que o debate provocado pelos movimentos sociais, como sujeitos políticos representativos de grupos excluídos, é de suma importância para a construção do significado constitucional da sociedade, sendo que o intercâmbio entre corte e sujeitos políticos é que sustenta a legitimidade democrática e a autoridade da Constituição.

É sob este ponto de vista que defendo a atuação do movimento LGBTI+ para a conquista de direitos e igualdade, uma vez que o dissenso social e a controvérsia são utilizados como oportunidade para discussão de questões importantes na sociedade, bem como a análise dos tribunais. Sendo assim, a democracia é o espaço do debate, e a controvérsia entre os movimentos sociais e os grupos contrários é de fundamental importância para a construção do significado constitucional e a consolidação de direitos para grupos que são excluídos ou não possuem tutela suficiente do Estado, não apenas os LGBTI+, mas, também, os pretos, os refugiados, os imigrantes, os indígenas, as mulheres, as pessoas com deficiência, dentre outros.

À vista do estudo do Constitucionalismo Democrático, compreendi que se a atuação dos movimentos sociais é fundamental na defesa de direitos de grupos excluídos e marginalizados, logo, há um grande problema na representação política do país. Neste sentido, apresentei as críticas de Pitkin a este sistema, sendo que a representação deve ser uma relação recíproca entre representante e representado, e não uma relação unilateral, uma vez que o representado deve estar presente de algum modo na atuação do representante. É assim que constato a realidade brasileira deste estudo: a representação política não é adequada, sendo que a relação entre representante e representado só ocorre no momento da eleição, e os candidatos, em sua maioria, buscam apenas ser eleitos e não discutem uma agenda conjunta com a sociedade após a eleição. Diferente de Pitkin, que é cética quanto à democracia representativa, defendo a ideia de democracia deliberativa de Joshua Cohen, sendo que na evidente falta de representação da população LGBTI+, os movimentos sociais devem sempre ter o objetivo de participar ativamente no processo de decisão do Estado, para que esta seja baseada no acordo livre e fundamentado entre iguais, mesmo que indiretamente, para que assim seja uma decisão legítima.

Foi neste sentido que busquei compreender a história do movimento LGBTI+ no Brasil, que se iniciou em 1978, ocorreu em três ondas e obteve, desde então, vários êxitos. A primeira onda, de 1978 a 1983 (aproximadamente), foi a mais revolucionária, em que se buscava combater o estado ditatorial. A segunda, de 1983 a 1993 (aproximadamente), ocorreu durante a epidemia do HIV, sendo que, paradoxalmente, apesar de fazer com que os grupos

5. CONCLUSÃO

diminuísem e muitos de seus militantes morressem, levou a homossexualidade para o patamar de discussões de políticas públicas com o Estado, ocorrendo uma profissionalização do movimento, que passou a receber investimentos. A terceira onda, por sua vez, ocorreu após a década de 1990 e apresentou os LGBTI+ de modo frequente na mídia, com mais encontros, paradas do orgulho, maior número de associações, representações setoriais em partidos e a conquista de direitos no Poder Judiciário.

O movimento LGBTI+ possui uma história de lutas e enormes conquistas, sendo uma das maiores a criminalização da LGBTfobia pelo STF, que evidenciei no trabalho por considerar uma das mais importantes da última década. No país em que se mais mata mulheres transexuais no mundo, em que a expectativa de vida destas mulheres é de 25 anos, a criminalização desses atos é fundamental para que se conscientize a população de que eles são inconcebíveis, sendo que em uma democracia plural, a orientação sexual e a identidade de gênero devem ser respeitadas como características naturais de um ser humano.

Destaco que o objetivo do trabalho não foi defender um ativismo judicial por parte do STF, mas, contudo, demonstrar que existe uma natural judicialização de questões importantes no Brasil, sendo que o STF tem legitimidade para interpretar a Constituição e as leis, de acordo com as reivindicações dos movimentos sociais. No entanto, após mais de 40 anos de luta, temos direitos consolidados apenas no STF, e, sendo o Brasil um país *civil law*, é imprescindível que estas garantias sejam consolidadas por lei, para que haja maior segurança jurídica da população LGBTI+. Igualmente, é premente que a luta dos movimentos sociais continue sendo o instrumento de conquista de direitos pela população LGBTI+ no país que mais mata transexuais no mundo, é fundamental que se continue a trajetória de conquista de direitos, bem como que se evitem os retrocessos defendidos por uma parte da população brasileira.

É evidente que hoje a população LGBTI+ enfrenta um governo que age em seu total desfavor, com homofobia e transfobia institucionalizadas, as políticas públicas sendo desmontadas e o discurso contra os LGBTI+ só reforçando o discurso de ódio de parte da sociedade. Como já defendi, a democracia é o espaço do debate, da pluralidade de ideias, da tolerância e, principalmente, do respeito aos diferentes. Neste sentido, o judiciário é a arena legítima para que ocorram debates acerca de direitos fundamentais. Da mesma maneira, defendo que o movimento LGBTI+ adote uma agenda de defesa dos direitos já conquistados e uma agenda propositiva, para que continuem lutando por mais igualdade e respeito, por parte do Estado e da população, com algumas medidas que sugiro:

1. Educação para a diversidade, desde o ensino básico;
2. Criação de delegacias especializadas em LGBTfobia, com policiais que sejam

preparados para estas demandas;

3. Estruturação das polícias e de seus sistemas, para que os registros das ocorrências sejam feitos corretamente (inclusão dos campos orientação sexual, identidade de gênero);
4. Educação para a diversidade destinada aos policiais;
5. Consolidação de todos os direitos já conquistados em lei;
6. Criação de programas de educação para a população LGBTI+, para que se evite a evasão escolar;
7. Maior número de candidaturas de pessoas LGBTI+.

É evidente que o Brasil passa por um ciclo conservador, no entanto, é fundamental que os movimentos sociais continuem a sua trajetória de luta, com diversidade de ativismo, que pode ser na internet, no judiciário, no legislativo, no executivo, nas ruas, na mídia, no meio acadêmico. Iniciei a conclusão deste trabalho contando brevemente a história de Dandara, que foi brutalmente assassinada, teve seu sonho interrompido, deixando mãe, família e amigos desolados pela violência que ocorreu em face do que ela era, em face de sua essência.

O caso de Dandara foi escolhido para este trabalho por ter sido paradigmático e registrado uma nova jurisprudência. No entanto, é apenas um dentre muitos casos. Quantas Dandaras serão necessárias para que o Estado passe a ter políticas públicas específicas que protejam a população LGBTI+? Ressalto, mesmo já tendo citado outras vezes neste trabalho, que é inaceitável o Brasil ser o país que mais mata mulheres transexuais no mundo, por isso, este índice assustador foi um dos motivos que me motivou a escrever a dissertação acerca dos direitos LGBTI+. Ao descrever a história do movimento LGBTI+ evidenciando tantos êxitos, entendo que essa seja de vitórias e conquistas, sendo que o ciclo conservador e de retrocessos não irá calar este movimento que já resistiu à tortura da ditadura, acredito que é premente defender um constitucionalismo social, que seja sensível aos grupos excluídos e marginalizados, para a defesa das minorias. A luta dos movimentos sociais deve se manter constante, viva e presente, para que se continue uma trajetória de conquista de direitos, igualdade e cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, W. S.; SILVA, L. L. **Sobre a Democracia Deliberativa:** Joshua Cohen a Jürgen Habermas. Ítaca, [S.l.], n. 26, jul. 2015. ISSN 1679-6799.

AVRITZER, Leonardo. **Teoria democrática e deliberação pública.** Lua Nova, São Paulo, n. 50, 2000.

BAHIA, A. G. M. F. de M.; SILVA, S. H. P. e. **A inércia e a interferência sistêmica como obstáculos para a tutela de direitos homoafetivos.** Revista CEJ. Brasília, v. 12, n. 60, p. 74-81, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/1793/1759>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BAHIA, Alexandre G. M. F. **Controle concentrado de constitucionalidade:** o guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. In., Revista de informação legislativa SENADO, v. 41, n. 164, p. 87-103, out./dez. 2004. p. 87 –104. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496896/RIL164.pdf?sequence=1#page=86>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BALESTERO, Gabriela Soares. **A inércia do poder legislador:** a necessidade de proteção legal às minorias sexuais. Revista Eletrônica Direito e Política de Pós-Graduação Stricto Sensu e Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 5, n. 3, 3. Quadrimestre de 2010. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 20 maio 2021.

BALKIN, Jack M. **How Social Movements Change** (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure. Suffolk UL Rev., v. 39, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012a, p.23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> Acesso em: 20 de jun. 2021.

_____. **O Constitucionalismo democrático no Brasil:** crônica de um sucesso imprevisto. 2012b. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismodemocratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 10 de abr. 2021.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BIX, Brian. **Robert Alexy**, a fórmula radbruchiana e a natureza da teoria do Direito. Tradução Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. *Panóptica*, ano 2, n. 12, mar./jun. 2008, p. 70-79. Disponível em: <www.panoptica.org>.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial.** *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/2YKfWwX>. Acesso em: 1 de maio 2021.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **Direitos LGBT e cortes constitucionais latino-americanas:** uma análise da jurisprudência da Colômbia, Peru, Chile e Brasil. *Revista da Faculdade de Direito-RFDUERJ*, Rio de Janeiro, n. 31, 2017.

CAVICHOLI, Anderson. **Uma história de extermínio transfóbico no Brasil:** a disputa de nomeação do assassinato da travesti Dandara Katheryn. 2019. 86 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania) —Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen.** 4. ed. 6^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005.

COHEN, J. 1999a. **Reflections on Habermas on Democracy.** *Ratio Juris*, Oxford, v. 12, n. 4, p. 385-416, Dec.

COHEN, J. 1999b. **Deliberation and Democratic Legitimacy.** In: BOHMAN, J. & REGH, W. (eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics.* Cambridge (MA): MIT.

COHEN, J. 2000. **Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa.** *Metapolítica*, Ciudad del México, v. 4, n. 14, p. 24-47, abr. jun.

COHEN, Joshua 1989. **The economic basis of deliberative democracy**. Social Philosophy and Policy, v. 6, n. 2, p. 24-50

DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte. Editora Autêntica, 2018.

DIAS, Gabriel Nogueira. **“Legislador negativo” na obra de Hans Kelsen: origem, fundamento e limitações à luz da própria Reine Rechtslehre**”. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 91-116, jul./set. 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/48347644_Legislador_negativo_na_obra_de_Hans_Kelsen_origem_fundamento_e_limitacoes_a_luz_da_propria_Reine_Rechtslehre>. Acesso em: 12 jan. 2021.

FACCHINI, Regina; LINS França, Isadora. **De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro** Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana, núm. 3, 2009, pp. 54-81 Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos. Rio de Janeiro, Brasil.

FRIEDMAN, Barry. **The politics of judicial review**. In: Texas Law Review, vol. 84, nº 2, 2005. Disponível em: <<https://bit.ly/2MPt4dM>>. Acesso em: 17 jun. 2021.

FUNG, A.; COHEN, J. 2007. **Democracia radical**. *Política & Sociedade*, Florianópolis, n. 11, out.

GREEN, James N.; QUINALHA, Renan; CAETANO, Marcio; FERNANDES, Marisa (Org.). **História do Movimento LBGT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 487-499.

HERRERA, Carlos Miguel. **La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución**. Revista de Estudios Políticos, Madrid, nueva época, n. 86. 1994.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. In. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. – São Paulo; Martins Fontes, 2003. p. 90 - 130.

_____. O problema do parlamentarismo. In: **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo. Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Cartilho Benedeni. p. 111 – 135.

KLAUTAU F., Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 2. jul./dez. 2003.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004b.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Sobre as influências de Kelsen para o controle de constitucionalidade: da Teoria Pura do Direito à ideia de Tribunal Constitucional e suas perspectivas em face do Estado Democrático de Direito: uma análise**. In: XVI Encontro Preparatório do Conpedi, 2007, Campos - RJ. Anais do XVI Encontro Preparatório do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007l.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; MESQUITA, Lucas Isaac Soares. **Neoconstitucionalismo ou Supremocracia?** Uma análise do Ativismo Judicial no reconhecimento do Nome Social de pessoas Trans na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.275. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [s.l.], v. 24, n. 1, p. 161-190, 16 abr. 2019. Centro Universitário Autônomo do Brasil. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1442/574>>. Acesso em: 12 maio 2021.

LOUREIRO, Maria Rita. **Interpretações contemporâneas da representação**. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 1, p. 63-93, jan./jun. 2009.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Modelos contemporâneos de democracia e o papel das associações**. Revista de Sociologia e Política [online]. 2012, v. 20, n. 43 [Acessado 6 Junho 2021], pp. 59-80. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000300004>>. Epub 20 Fev 2013. ISSN 1678-9873.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição Constitucional e ativismo judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte estadunidense. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, Dissertação de Mestrado.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. **O controle de constitucionalidade no Brasil**. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Reforma_do_Sistema_Judiciario_no_Brasil_v__Port.pdf> Publicado em: 2008>. Acesso em: 02 jan. 2021.

NOUR, Soraya. "Minorities in context". In **The Minority Issue: Law and the Crisis of Representation**, editado por Sckell, Soraya Nour, 7-27. Berlin, Germany: Duncker & Humblot, 2009.

PEREIRA, Marcus Abilio. **Movimentos sociais e democracia**: a tensão necessária. Opin. Publica [online]. 2012, vol.18, n.1, pp. 68-87.

PITKIN, Hanna Fenichel. 1967. **The concept of representation**. Berkley: University of California Press.

PITKIN, Hanna. Representação: Palavras, instituições e ideias. In: **Revista Lua Nova**. São Paulo: nº 67, 2006.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 169. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169>. Acesso em: 20 fev. 2021.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Democratic Constitutionalism**. In: BALKIN, Jack; SIEGEL, Reva B. (org.). **Constitution 2020**. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em:<<https://www.eui.eu/Documents/MWP/ProgramActivities/20152016/master-classes/Siegel-3-Democratic-Constitutionalism.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

_____. **Democratic Constitutionalism: a reply to Professor Barron.** Cambridge: Harvard Law & Policy Review, v. 01, 2006.

_____. **Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy.** In: California Law Review. v. 92. Berkeley: Berkeley University, 2004, p. 1027-1044.

_____. **Protecting the Constitution from the People:** Juricentric Restrictions on Section Five Power. Faculty Scholarship Series, paper 182. 2002.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. ISBN: B5-7308-889-9.

SIEGEL, Reva B. **Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change:** The Case of the de facto ERA (2006). Faculty Scholarship Series. Paper 1097. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1097>. Acesso em: 15 maio 2021.

SIEGEL, Reva. **“Constitutional Culture, Social Movement and Constitutional Change: The Case of the ERA”.** In: California Law Review, vol. 94. Berkeley: University of California Press, 2006, p. 1.323-1.419.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. 2009. **Na trilha do arco-íris:** do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Perseu Abramo.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Estudos de Direito Comparado (I).** O que é a “Common Law”, em particular, a dos EUA. Guido Fernando Silva Soares. Revista da Faculdade de Direito da USP. São Paulo 1997. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360/69970>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

TAVARES, Francisco Mata Machado . **Em busca da deliberação:** mecanismos de inserção das vozes subalternas no espaço público. Revista Brasileira de Ciência Política (Impresso) , v. 1, p. 39-70, 2012.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts.** Princeton: Princeton University Press, 1999

RELATÓRIOS E ESTATÍSTICAS

ANTRA. **Boletim nº 03/2020**. Assassinatos contra travestis e transexuais em 2020. Disponível em: <<https://antrabrasil.files.wordpress.com/2020/06/boletim-3-2020-assassinatos-antra.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2021

FGV – Fundação Getúlio Vargas (org.). **Nota técnica a violência LGBTQIA+ no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29886>>. Acesso em: 12 jun. 2021.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da Violência 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo, 2020.

GASTALDI, A. B. F. *et al.* **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil 2020**. Acontece Arte e Política LGBTI+; Grupo Gay da Bahia. Organizadores: Alexandre Bogas Fraga Gastaldi; Luiz Mott; José Marcelo Domingos de Oliveira; Carla Simara Luciana da Silva Ayres; Wilians Ventura Ferreira Souza; Kayque Virgens Cordeiro da Silva. 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. 79 p

Trangender Europe TGEU. **Trans Murder Monitoring (TMM)**. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

NOTÍCIAS E INTERNET

BRASIL. Senado Federal. **Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional>>.

Acesso em: 10 maio 2021.

CATRACA LIVRE. 24 projetos de lei propõem barrar avanços LGBTs no Brasil. **Catraca Livre**, São Paulo, 17 maio 2017. Disponível em: <<https://catracalivre.com.br/cidadania/mais-de-20-projetos-de-lei-podem-barrar-avancos-lgbts-no-brasil/>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (São Paulo). 16ª Parada LGBT será pela educação e pela criminalização da homofobia. *In: 16ª Parada LGBT será pela educação e pela criminalização da homofobia*. São Paulo, 23 maio 2012. Disponível em: <<https://sp.cut.org.br/noticias/16-parada-lgbt-sera-pela-educacao-e-pela-criminalizacao-da-homofobia-3a4a>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. Para 74%, homossexualidade deve ser aceita pela sociedade, mostra Datafolha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/para-74-homossexualidade-deve-ser-aceita-pela-sociedade-mostra-datafolha.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

QUINALHA, Renan. **História do Movimento LGBT no Brasil**, Renan Quinalha, TODXS Conecta 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bg2ECgptuCU>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Orgulho LGBT**: Renan Quinalha conta história do movimento no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9TEv22mGvoU&t=2268s>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Criminalização da homofobia** - Prof.º Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Instituto Toledo de Ensino, 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=7YuXH7rXor8&t=5789s>>. Acesso em: 28 março 2021.

_____. **O que mudou após 1 ano da criminalização da LGBTfobia no Brasil?** Catraca Livre, 13 jun. 2020. Disponível em: < <https://catracalivre.com.br/cidadania/o-que-mudou-apos-1-ano-da-criminalizacao-da-lgbtfobia-no-brasil/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. [S. l.], 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26-DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, julgado em 13 de junho de 2019. Disponível em: <leia-voto-ministro-celso-mello2.pdf (conjur.com.br)>. Acesso em: 10 mai. 2021.