XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

RENATO DURO DIAS

MARA DARCANCHY

JORGE LUIZ OLIVEIRA DOS SANTOS

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jorge Luiz Oliveira dos Santos; Mara Darcanchy; Renato Duro Dias.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-611-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Gênero e sexualidades. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Gênero, Sexualidades e Direito II do XXIX Congresso Nacional, que se realizou entre os dias 07, 08 e 09 de dezembro em Balneário Camboriú – SC foi um importante espaço de diálogo e de potentes pesquisas qualificadas, demarcando as contribuições para o campo do conhecimento jurídico a partir das interfaces de gênero, sexualidades, raça, classe e demais marcadores sociais.

Nele se apresentaram as seguintes investigações:

1. TRANSEXUALIDADE: A LUTA PELO RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS VIA POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO de Lais Botelho Oliveira Alvares, Guilherme Firmo da Silveira Alves e Mariana Cardoso Penido dos Santos;

2. REPRESENTATIVIDADE FEMININA NO PODER E A BUSCA PELO DESENVOLVIMENTO de Ana Carolina Annunciato Inojosa de Andrade;

3. O GÊNERO COMO CONSTRUÇÃO DISCURSIVA: ANÁLISE DAS METÁFORAS ENCONTRADAS NO DISCURSO DO ABUSADOR NOS CRIMES DE ESTUPRO de Monica Fontenelle Carneiro e Renata Moura Memoria;

4. RADIOGRAFIA DA ASCENSÃO FUNCIONAL NOS QUADROS DA POLÍCIA CIVIL GAÚCHA SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO de Ana Flavia de Melo Leite, Guilherme Dill e Jéssica Nunes Pinto;

5. TRANGÊNEROS E SUA LUTA PELO RECONHECIMENTO NO BRASIL de Pedro Triches Neto e Tereza Rodrigues Vieira;

6. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE QUALITATIVA DOS DIREITOS VIOLADOS NA CIDADE DE PASSO FUNDO/RS de Adriana Fasolo Pilati e Tiane Mairesse Martins Machado;

7. PERCURSOS CONTEMPORÂNEOS DOS DIREITOS LGBT+: DO LEGISLATIVO AO JUDICIÁRIO de Luiz Geraldo do Carmo Gomes e Luiz Augusto Ruffo;

8. POLÍTICAS DE PARTICIPAÇÃO FEMININA: O PROGRAMA REPOSITÓRIO DE MULHERES JURISTAS DO MARANHÃO À LUZ DA TEORIA DE WALLERSTEIN de Cassius Guimaraes Chai, Jordana Letícia Dall Agnol da Rosa e Lorena Ivy Dutra de Sousa;

9. A COIBIÇÃO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A ATUAÇÃO DOS PODERES LEGISLATIVOS MUNICIPAIS: UM NOVO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO de Ursula Spisso Monteiro Britto, Sandra Morais Brito Costa e Walter Carvalho Monteiro Britto;

10. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E OS IMPACTOS DAS REDES SOCIAIS NA PROPAGAÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL de Tatiana Manna Bellasalma e Silva, Anara Rebeca Ciscoto Yoshioka e José Sebastião de Oliveira

11. LEI MARIA DA PENHA E ATENDIMENTO DA MULHER: (IN)EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS de Maíra Carla Lopes, Sandy Larranhaga de Noronha e Adriano da Silva Ribeiro;

12. O MOVIMENTO TRANS NO BRASIL: A CONTRAPUBLICIDADE SUBALTERNA COMO POTÊNCIA EMANCIPATÓRIA de Amanda Netto Brum e Renato Duro Dias;

13. UM ESTUDO DE CASO SOBRE A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL: A LEI PROTEGE CRIANÇAS OU ESTIGMATIZA MULHERES? de Artenira da Silva e Silva e Renata Moura Memoria;

14. ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO – UM ENTRAVE A ISONOMIAL SUBSTANCIAL DA MULHER de Roberta Seben , Tiago Alves da Silva e Ursula Spisso Monteiro Britto;

15. QUANTO SE GASTA COM A VIOLÊNCIA DE GÊNERO? VERIFICAÇÃO DESSES CUSTOS POR MEIO DA ANÁLISE DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E DAS RELAÇÕES DE CONSUMO de Gabriel Silva Borges, Ana Flavia De Melo Leite e Jéssica Nunes Pinto;

16. A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA INSTITUCIONAL EXERCIDA PELO PODER JUDICIÁRIO NO JULGAMENTO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE MULHERES de Artenira da Silva e Silva e Leonardo Maciel Lima;

17. INSTRUMENTO NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: INCENTIVO E O APOIO AO EMPREENDEDORISMO FEMININO de Lilian Aparecida Da Silva , Sandy Larranhaga de Noronha ,e Adriano da Silva Ribeiro;

18. CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL E ATIVISMO JUDICIAL de Luiz Geraldo do Carmo Gomes e Luiz Augusto Ruffo;

19. PANORAMA DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO NO BRASIL EM NÚMEROS E PERSPECTIVAS de Ana Maria Monteiro Neiva e Rômulo Goretti Villa Verde;

20. A OFENSA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DAS MULHERES DE ORIGEM AFRODESCENDENTE: UMA APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DE AXEL HONNETH de Claudia Aparecida Costa Lopes, Heloisa Fernanda Premebida Bordini e José Sebastião de Oliveira;

21. REFLEXÕES SOBRE AS PESSOAS TRANS E MERCADO FORMAL DE TRABALHO NO BRASIL: INFERIORIZAÇÃO SOCIAL DAS IDENTIDADES GÊNERO-DIVERGENTES de Ana Carolina Zandoná Guadagnin e Francine Cansi;

21. CONSTRUÇÕES METAFÓRICAS NO DISCURSO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DO ACÓRDÃO DA ADPF Nº 779/DF À LUZ DA CRIMINOLOGIA FEMINISTA de Monica Fontenelle Carneiro e Lorena Ivy Dutra de Sousa e

23. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES INDÍGENAS: PERSPECTIVA INTERSECCIONAL de Silvana Beline Tavares e Juvana Evarista Dos Santos.

Convidamos à leitura atenta destas relevantes pesquisas que marcam o caráter interdisciplinar e crítico dos estudos interseccionais de gênero, sexualidades e direito.

Coordenação

Prof. Dr. Renato Duro Dias - Universidade Federal do Rio Grande - FURG

Profa. Dra. Mara Darcanchy - Centro Universitário Facvest

Prof. Dr. Jorge Luiz Oliveira dos Santos - Rede de Estudos Empíricos em Direito

CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA NO BRASIL E ATIVISMO JUDICIAL

CRIMINALIZATION OF LGBTPHOBIA IN BRAZIL AND JUDICIAL ACTIVISM

Luiz Geraldo do Carmo Gomes [1]
Luiz Augusto Ruffo [2]

Resumo

A presente pesquisa é de natureza qualitativa e se valeu procedimento de investigação bibliográfica a partir de referenciais teóricos interdisciplinares, os quais partem desde a teoria feminista e queer até o constitucionalismo contemporâneo. Tem-se por objetivo apresentar reflexões sobre a aplicabilidade da categoria do ativismo judicial no caso da criminalização da LGBTfobia, julgado pelo STF em 2019 na ADO 26. Em um primeiro momento são feitas considerações sobre o processo de construção da identidade coletiva e politizada do movimento LGBT+, com o fim de expor a legitimidade dos influxos deliberativos que partem da sociedade civil organizada até o STF. Após, é feita a exposição sobre a ADO 26, explicando noções sobre a judicialização da política e o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, é demonstrado o campo nebuloso em que a categoria do ativismo judicial se encontra na doutrina jurídica nacional. Conclui-se que houve a prática de ativismo judicial por parte dos ministros do STF na ADO 26, apesar de não ter havido arbitrariedade e nem a violação do princípio da legalidade e separação de poderes. A principal hipótese levantada é a de que o uso indiscriminado da categoria do ativismo judicial em sentido negativo está relacionado à expansão de uma racionalidade neoconservadora no cenário político que propõe uma agenda de retrocessos, em especial dos direitos humanos de minorias sociais, como a LGBT+.

Palavras-chave: Direitos lgbt+, Judicialização da política, Minorias sociais, População lgbt+, Supremo tribunal federal

Abstract/Resumen/Résumé

The present research is qualitative and used a bibliographic investigation procedure based on interdisciplinary theoretical references, which range from feminist and queer theory to contemporary constitutionalism. The objective is to present reflections on the applicability of the category of judicial activism in the case of the criminalization of LGBTphobia, judged by the STF in 2019 at ADO 26. At first, considerations are made on the process of construction of the collective and politicized identity of the movement LGBT+, in order to expose the

[1] Postdoc em Ciência Jurídica UENP. Postdoc researcher School of Law, UL Ireland. Doutor em Função Social do Direito FADISP. Professor na UniCV e UniFatecie. Professor visitante na University of Limerick.

[2] Graduado em Direito pela UEM - Universidade Estadual de Maringa. Estudante pesquisador do NUDSEX - Núcleo de Estudos e Pesquisa em Diversidade Sexual.

legitimacy of deliberative influxes that come from organized civil society to the STF. Afterwards, an exposition on ADO 26 is made, explaining notions about the judicialization of politics and the control of constitutionality of the Brazilian legal system. Finally, the nebulous field in which the category of judicial activism is found in national legal doctrine is demonstrated. It is concluded that there was a practice of judicial activism by the ministers of the STF in ADO 26, although there was no arbitrariness or violation of the principle of legality and separation of powers. The main hypothesis raised is that the indiscriminate use of the category of judicial activism in a negative sense is related to the expansion of a neoconservative rationality in the political scenario that proposes an agenda of setbacks, especially of the human rights of social minorities, such as LGBT+.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Lgbt+ rights, Judicialization of politics, Social minorities, Lgbt+ population, Brazilian federal supreme court

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por justificativa a insurgência de narrativas que expõem uma racionalidade neoconservadora de matriz heterossexual reprodutiva (FACCHINI, 2002; MACHADO, ELIAS, 2020) que insurgem atribuindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) a prática de um ativismo judicial em razão da criminalização da LGBTfobia no Brasil, a qual ocorreu a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 (ADO 26) julgada em 2019.

O caminho a ser trilhado por esta pesquisa parte da necessidade de compreensão do processo de construção da identidade coletiva e politizada LGBT+, especificamente do ativismo LGBT+, para que, a partir disso, seja possível delinear perspectivas consistentes e atuais sobre o porquê da insurgência destas reações contra a atuação do STF. Posteriormente, será verificado o que é o ativismo judicial, como esta atuação jurisdicional se manifesta nas decisões judiciais e até que ponto é possível dizer que houve na ADO 26 a prática de um ativismo judicial.

Desta forma, no primeiro momento desta pesquisa, busca-se promover uma "desnaturalização dos sujeitos políticos" que compõem o movimento LGBT+, posto que este é um dos caminhos possíveis para identificar e compreender as continuidades e descontinuidades históricas dos processos de formação da **identidade coletiva politizada** do movimento LGBT+, inclusive compreender o porquê dos/as ativistas LGBT+ terem recorrido ao STF para efetivar suas demandas e, assim, identificar possíveis armadilhas políticas para quem sabe, vislumbrar soluções mais eficazes e viáveis para superar a LGBTfobia.

Na segunda parte deste estudo, a qual se firma sobre os aspectos jurídico-discursivos envolvendo a problemática do suposto ativismo judicial praticado pelo STF na ADO 26, será realizada uma análise sobre a categoria do ativismo judicial para verificar em qual sentido é possível afirmar que houve tal prática no caso da criminalização da LGBTfobia, contrastando com algumas insurgências da racionalidade neoconservadora que busca fragilizar a credibilidade do STF.

Esta pesquisa tem natureza qualitativa e o procedimento metodológico utilizado é o de investigação bibliográfica, de modo que foi realizada a leitura de obras, artigos e entre outras produções escritas concernentes à delimitação do tema, qual seja a possibilidade de aplicabilidade da categoria do ativismo judicial no caso da ADO 26. Buscando desenvolver um estudo interdisciplinar, para além de autores da área jurídica,

tendo por referencial teórico o neoconstitucionalismo *latu sensu*, buscou-se utilizar autores das ciências políticas, da sociologia e da antropologia, tendo por referencial teórico os estudos de gênero e sexualidades.

Conclui-se que é possível afirmar que houve a prática de um ativismo judicial pelos ministros do STF no caso da ADO 26, mas que isso não implica numa prática prejudicial às instituições democráticas, posto que a aplicabilidade de tal categoria deve ser compreendida de modo multidimensional. Ademais, as insurgências gerenciadas pela racionalidade neoconservadora que são propagadas a partir da narrativa de um "ativismo judicial negativo" se coadunam com os objetivos de um projeto neoliberal, já que distorcem categorias utilizadas na defesa de direitos humanos para descredibilizar e atacar a autonomia das próprias instituições democráticas, em especial o STF que tem avançado em temas moralmente controversos, como sobre os direitos LGBT+.

1 LAPIDANDO NOÇÕES SOBRE O MOVIMENTO LGBT+

A população LGBT+ - gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros, intersexuais, *gender fluid*, dentre outras identidades e sexualidades - faz parte das chamadas minorias sociais, as quais são vulnerabilizadas pela condição sociopolítica de precariedade de vida e atravessadas por violências específicas. No caso da população LGBT+, a categoria da LGBTfobia anuncia a violência sofrida por tal grupo, sendo que tal violência demanda um processo de "interdição", ou de marginalização de tais pessoas.

É uma forma de discriminação cometida pela imposição compulsória das normas de "matriz heterossexual reprodutiva" ou da racionalidade neoconservadora[1]. Estas normativas são ditadas pelo desejo heterossexual e pelas condutas de gênero baseadas em um determinismo biológico arraigado aos ideais cristãos da instituição familiar patriarcal, as quais levam grupos sociais adeptos a tomarem ações e defenderem modelos de governança que buscam retirar os direitos conquistados por grupos marginalizados que destoam da moralidade reguladora heteronormativa e patriarcal (FACCHINI, 2002, p. 11; 2020, p. 7; ELIAS, MACHADO, 2020, p. 196).

[1] Esta racionalidade conservadora é compreendida como sendo uma forma de pensamento político antidemocrático que "[...] reafirma uma concepção heteronormativa e patriarcal da ordem social, que muitas vezes se organiza sob a ideia de 'família natural' e pratica uma agenda de retirada de direitos, em especial de mulheres e de grupos marginalizados", começam a reagir de forma oportunista contra os avanços das políticas públicas LGBT+ (MACHADO, ELIAS, 2020, p. 196).

Durante séculos as pessoas LGBT+ foram submetidas a um processo de "interdição" de seus direitos básicos, posto que consideradas socio-culturalmente como pecaminosas, anormais e, até mesmo, patológicas. Este processo que colocou (e ainda coloca) os indivíduos LGBT+ à margem da sociedade, assujeitando-os aos mais diversos mecanismos de repressão, de silenciamento e até de extermínio, faz parte de um jogo de relações de poder com origem predominante na modernidade, onde as verdades sobre a sexualidade foram fundadas a partir de uma *vontade de saber* **unilateral, perversa e baseada no ódio pelo diferente** (FOUCAULT, 1988, 2005; QUINALHA, 2017, p. 32).

Desta forma, a LGBTfobia decorre da existência e da manutenção de narrativas e compreensões de mundo que são intolerantes, segregadoras e violentas, trazendo óbice para construção de uma sociedade brasileira em que as relações sociais e institucionais partam da harmonia entre grupos, da tolerância e do respeito às diferenças subjetivas. Como exemplo disso, segundo relatório de 2021 do Grupo Gay da Bahia (GGB), desde os anos 2000 até o respectivo ano de 2020, 5.047 pessoas foram mortas em razão do ódio pela diversidade sexual e de gênero (GASTALDI, et. al., 2021). Com relação às pessoas transgênero, dados levantados pela organização Transgender Europe (TGEu) em seu relatório Trans Murder Monitoring (TMM) de 2017, o Brasil é responsável por 52% das mortes mundiais da população trans desde 2008, totalizando 1071 pessoas trans mortas só no Brasil (MACHADO, ELIAS, 2020, p. 205).

Portanto, é neste contexto que as pessoas LGBT+ se insurgem, frente ao Estado e à sociedade, reivindicando por condições de vida mais justas e seguras, evidenciando a ineficácia e a omissão de governos e representantes políticos em garantir o mínimo para que uma vida possa, de fato, ser vivida (BUTLER, 2018, p. 192).

No âmbito nacional, verificamos que as primeiras mobilizações em prol dos direitos LGBT+ começou a tomar forma principalmente a partir do final da década de 70. Isso ocorreu durante o contexto de reabertura democrática pelo fim do AI-5 e com fortes influências pelas tendências da contracultura, dos processos de globalizações, do Estado de bem-estar social e da *vontade de saber* sobre as sexualidades. No final da década de 80 e nos anos 90, propulsionado pela epidemia do HIV/Aids e pelos processos de "higienização contra a peste gay", os grupos LGBT+ iniciaram uma formação mais formalizada e institucional, aderindo ao modelo de Organização Não-governamental (ONG). Com isso, passaram a obter financiamentos de órgãos internacionais e, posteriormente, de órgãos governamentais para realização de Encontros Nacionais LGBT+ (FACCHINI, 2002, 2012; MACRAE, 2018; TREVISAN, 2018). A partir de

então, os sujeitos LGBT+ conseguem maior potência política para reivindicar junto ao Poder Executivo suas demandas.

Sendo assim, na primeira década dos anos 2000, a causa LGBT+ conseguiu relevante espaço de participação e discussão a partir das Conferências Nacionais LGBT+ e da criação de Conselhos e Secretarias de Direitos Humanos. Ademais, ouve um processo "profissionalização" do ativismo LGBT+, já que ao estabelecer uma política de governo baseada na participação direta dos membros da sociedade civil, os grupos e as instituições LGBT+ conseguiram adquirir a *expertise* necessária para entender o funcionamento da máquina pública e poder estabelecer estratégias práticas de ação no poder executivo, legislativo e judiciário. Como resultado desta prática no interior das estruturas político-jurídicas, grupos de advogados colocaram-se frente ao Supremo Tribunal Federal (STF) com o fim de efetivar demandas obstruídas no âmbito do Poder Executivo e Legislativo (FACCHINI, et. al., 2020).

A prática consistente em demandar por justiça social perante o STF visando efetivar os direitos LGBT+ é denominada pelos ativistas LGBT+ de litigância estratégia. Deste modo, podemos destacar como atos de litigância estratégica perante o STF a ADI 4.277/ADPF 132 de 2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo; a ADI 4.275 de 2018, que autorizou a alteração do prenome e gênero no registro civil da pessoa trans independente de procedimento cirúrgicos e laudos; a ADI 5.543, julgada em 2020, que declarou inconstitucional o ato normativo da Anvisa que previa que homens que fizessem sexo com outros homens nos últimos 12 meses não poderiam doar sangue; as inúmera ações constitucionais (ADPF 457, 526, 460, 465 e 467 e ADI 5.537, 5.580 e 6.038) que buscaram invalidar Leis Municipais e Estaduais que censuravam o debate de gênero e de sexualidade nas escolas; e, por fim, a ADO 26, julgada em 2019, que possui importância especial neste trabalho, na qual foi julgado que a LGBTfobia é equiparada ao crime de racismo (CARVALHO, VECCHIATTI, 2020). No próximo título, iremos realizar o estudo de caso da ADO 26 julgada pelo STF em 2019, realizando logo após uma verificação da possibilidade de aplicação da categoria do ativismo judicial.

2 EXPOSIÇÃO DO CASO: ADO 26 E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIOPOLÍTICAS

No âmbito nacional, o cenário anunciado pelo legislador constituinte de 1988 introduz categoricamente a necessidade de "resgatar as promessas incumpridas na cena social, política e jurídica", sendo que a explosão de litigiosidade verificada nos dias atuais é um indiscutível reflexo de reação às mazelas do neoliberalismo (KOTLEWSKI, 2018, p. 138). Além disso, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) apresenta cabalmente a prevalência da proteção dos direitos fundamentais em face de eventuais abusos intentados pelos "processos de deliberação majoritária formulados na arena política" (VERBICARO, 2019, p. 170). A partir deste arranjo institucional, é possível verificar um aprofundamento da fluidez entre as fronteiras da política e da justiça (e o direito) no mundo contemporâneo. Com isso, insurge o fenômeno da judicialização da vida ou da **judicialização da política**, que consistiria no seguinte:

> Juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. [...] Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes. Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário -, verificou-se no Brasil uma **expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final** (BARROSO, 2005, p. 234, grifos nossos).

> A judicialização decorre do modelo de **Constituição analítica** e **do sistema de controle de constitucionalidade abrangente** adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2012, p. 31, grifos nossos)

Deste modo, verifica-se que foi só com a CF/88 que ocorreu a verdadeira expansão da jurisdição constitucional a partir do aprimoramento do controle concentrado de constitucionalidade, que contou com uma ampla gama de legitimados ativos para propositura da ação direta (ou de controle abstrato) e a criação de outros mecanismos de controle concentrado (BARROSO, 2005, p. 216). Dentre os mecanismos do controle concentrado de constitucionalidade, destacamos **a ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO), prevista no art. 103, §2º da CF/88[2] e na Lei n. 9.868/99 com as**

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

alterações feitas pela Lei n. 12.063/2009 (SARLET, 2018, p. 1029), já que foi a partir da ADO que foi possível criminalizar LGBTfobia no ano de 2019.

Com relação à competência, o STF é o órgão nacional competente para decidir as ações propostas em sede do controle concentrado de constitucionalidade, além das suas inúmeras outras atribuições elencadas nos incisos do art. 102 da CF/88. Cabe ressaltar que os/as onze ministros/as que compõem a corte atualmente são nomeados/as pelo Presidente da República, seguindo os seguintes requisitos: ter no mínimo 35 e no máximo de 65 anos de idade, possuir notável saber jurídico e ter uma reputação ilibada. Após a nomeação, a escolha deve ser aprovada pela maioria absoluta do Senado Federal, conforme o *caput* e §1º do art. 101 da CF/88 (BRASIL, 1988).

Em decorrência desta grande importância dada ao STF, a qual está expressamente garantida na Constituição e nas estruturas de uma democracia que se alimenta da pluralidade – e não mais do restrito consenso de uma maioria –, o órgão jurisdicional se vê obrigado a proteger os grupos minoritários ou vulneráveis, já que as bases principiológicas e finalísticas de nossa sociedade que dirigem as estruturas e relações político-jurídicas de nosso País, apontam para um dever institucional do STF em buscar, quando provocado por atores sociais legítimos, à proteger e efetivar os direitos fundamentais. E é o que ocorreu com o caso relacionado à violência contra a população LGBT+ que, apesar de décadas de organização, mobilização e articulação junto às instituições públicas, continuou tendo que lidar com a omissão do Estado Brasileiro, especificamente do Congresso Nacional, mesmo diante dos dados que corroboram em demonstrar as inúmeras violações aos direitos humanos e fundamentais deste grupo.

Como resultado deste contexto, ocorreu o ajuizamento da ADO 26. A ADO trata de uma forma de controle constitucional concentrado que busca dar força e vigor abstrato às próprias normas enunciadas pela CF/88, posto que a falta de atuação legiferante dos atores da administração pública competentes pode prejudicar a tutela e a efetivação dos direitos fundamentais ali previstos (SARLET, 2018). No caso da ADO 26, o STF reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional diante do mandado de incriminação contidos nas normas dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88[3] para efeito de proteção penal do grupo LGBT+. Ademais, utilizando da técnica de interpretação conforme a Constituição do mandado constitucional de incriminação e da

[3] Art. 5º, XLI e XLII, CF/88, respectivamente: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" e "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988).

Lei Antirracismo Racismo (Lei nº 7.716/89), ficou decidido que a LGBTfobia pode ser considerada crime conforme o limite do teor literal dos tipos penais definidos na Lei Antirracismo, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. Desta forma, ficou compreendido, que a LGBTfobia se qualifica como espécie do gênero racismo social (BRASIL, 2019).

Durante as sessões da ADO 26, sob a pretensão de suspender o julgamento, o Senado Federal peticionou aos autos a informação de que estaria em trâmite projetos legislativos que incluíam a transfobia contra mulheres transexuais como espécie de feminicídio (por ex. PL 8032/2014) e orientação sexual e identidade de gênero entre as espécies de opressões criminalizadas pela Lei n. 7.716/89 (por ex. PL 5944/2016). Tal pretensão não prosperou, por ser pacífica a jurisprudência do STF no sentido que a mera tramitação de projetos de lei não prejudica a tramitação de ADO (VECCHIATTI, 2020, p. 106). Cumpre ressaltar que até a data desta pesquisa, nenhuma proposta legislativa prosseguiu do Senado Federal para sanção do Presidente da República, sendo que manobras legislativas, como de a incorporação de uma proposta a um outro projeto de maior complexidade[4], demonstram o retardamento intencional da tramitação e da apreciação dos PLs que dispõem sobre os direitos LGBT+ (BRASIL, 2019).

Neste sentido, contínua é a discordância sobre a decisão acordada pelo STF na ADO 26. Dentre estas discordâncias, uma delas ocorreu no final do ano de 2020 na própria ação, a partir da oposição de embargos de declaração pela Advocacia Geral da União (AGU) e pela Frente Parlamentar Mista Pela Família e Apoio à Vida, das quais destacamos dois pontos levantados pelas instituições (BRASIL, 2019). O primeiro deles seria a "contradição interna" contida no acórdão da ADO 26, a qual consistiria em que, por um lado, o STF aponta haver uma omissão inconstitucional do Congresso Nacional e, de outro, afirma que a interpretação conforme à Constituição da Lei Antirracismo seria um meio apto para abarcar a LGBTfobia. O segundo dos pontos que estaria, em tese, controvertido, seria a omissão do acordão em especificar causas de excludente de ilicitude decorrentes do exercício de outras liberdades constitucionais – como a liberdade religiosa, artística, científica e de profissão.

[4] Em seu relatório, o ministro Celso de Mello manifestou que "o projeto de lei nº 122/2006, do Senado Federal (em que se converteu o projeto de lei nº 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006), veio a ser incorporado ao projeto de novo Código Penal (PLS 236/2012), 'sem prazo para ser votado', segundo esclareceu a própria Presidência do Senado da República." (BRASIL, 2019).

Em manifestação aos embargos, o Cidadania (antigo PPS) e a ABGLT denunciam a pretensão dos autores dos embargos em utilizar a linguagem dos direitos humanos contra os próprios direitos humanos, visando mascarar as suas reais pretensões, que seriam as de promover um fundamentalismo religioso, operando os direitos humanos na forma de-cima-pra-baixo, para naturalizar o choque das civilizações e legitimar a violação de direitos humanos e fundamentais para assentar de forma perene privilégios históricos (FEITOSA, 2017, p. 36). Até o dia em que esta pesquisa está sendo realizada, os autos da ADO 26 se encontram conclusos ao novo relator, ministro Marques Nunes, nomeado por Jair Bolsonaro, para análise dos embargos de declaração.

Por fim, cumpre destacar que as tensões decorrentes do julgamento da ADO 26 teve seu apogeu antes mesmo da oposição de embargos ao acórdão. O Senado Federal necessitou pedir a suspensão do julgamento da ADO 26 em razão de diversos parlamentares terem protocolado pedido de *impeachment* dos ministros que haviam sido pela procedência da ação. As razões do pedido de *impeachment* eram que durante o julgamento da ADO 26 os ministros agiram com "desídia no cumprimento de suas atribuições e de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo" ao empregar "fundamentos duvidosos" para promover "a capitulação como crime de condutas não previstas em lei" (BRASIL, 2019a).

Nas palavras do Ministro Fux, que se manifestou nos próprios autos da ADO 26, os parlamentares estariam alegando no pedido de *impeachment* um suposto "crime de hermenêutica" sob o pretexto da Lei dos crimes de responsabilidade (Lei n. 1.079/50) (VECCHIATI, 2020, p. 106). No mais, até mesmo publicações em sites de notável influência no mundo jurídico, como JOTA, Folha Online e Revista Empório do Direito, juristas chegaram a alegar que a ADO 26 manifesta abuso de autoridade, truque ilusionista e até mesmo analogia *in malam partem* (VECCHIATI, 2020 p. 137). O pedido de *impeachment* foi rejeitado pelo presidente do Senado Federal, Davi Alcolumbre (DEM-AP), nos seguintes termos:

> [...] o núcleo das alegações da denúncia questiona a interpretação e a convicção jurídica firmada pelos Ministros denunciados, em votos por eles proferidos no julgamento de tormentosa e complexa controvérsia constitucional que envolvia a proteção de direitos fundamentais de minorias em cotejo com o princípio da reserva legal do Parlamento para criminalizar condutas; [...] que a via política do crime de responsabilidade não se presta para censurar ou revisar ato de interpretação constitucional emitido no regular exercício da atividade típica de outro poder (BRASIL, 2020).

É importante ressaltar que os votos dos/as ministros/as não ocorreram ao acaso. Elas se dão em razão das sobrepostas crises em nosso país, como a crise do presidencialismo de coalizão, a crise de representatividade, a crise de legitimidade do mundo político e, por fim, a suposta crise da democracia (VERBICARO, 2019, p. 448). Neste contexto, fica patente que o fenômeno da judicialização da política, que demanda aos juízes a decisão sobre questões morais e sociais renegadas pela política majoritária, suscita forte tensionamento entre instituições públicas e sociedade. É em razão disso que a aplicabilidade da categoria do ativismo judicial no caso da ADO 26 se torna um problema-desafio.

Portanto, a exposição nesta seção das reações parlamentares de teor neoconservador contrárias à ADO 26 se mostrou necessária para demonstrar sua correlação com outras reações de parlamentares e de camadas da mídia neoconservadoras que, pelo eixo do conceito ativismo judicial negativo ou antidialógico, auxiliam a alocar o progresso de efetivação da igualdade substancial da população LGBT+ para uma arena de disputa sociopolítica que responsabiliza o movimento social LGBT+ e o STF pela suposta devassidão das estruturas morais, familiares, religiosas e democráticas.

3 SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E SUAS REPERCUÇÕES NA ADO 26

Conforme verificado no segundo capítulo, o fenômeno da judicialização da política, junto com as transformações impulsionadas pelas tendências teórico-filosóficas do constitucionalismo contemporâneo, fora introduzido no Brasil a partir da CF/88. Neste sentido, ficou instaurado no país um cenário em que as questões políticas e morais, deliberadas em regra no Legislativo e/ou Executivo, passaram a serem revisadas, confirmadas ou decididas pelo Judiciário mediante o controle de constitucionalidade híbrido, por meio de uma argumentação jurídica orientada pelas normas constitucionais e *infra*, com o fito de efetivar os comandos constitucionais. Ademais, necessária é a diferenciação entre o fenômeno da judicialização da política e o ativismo judicial.

Em termos gerais, a judicialização da política é considerada um fenômeno inerente aos Estados Democráticos de Direito. Tal fenômeno decorre dos arranjos institucionais fundados a partir dos pilares da separação dos poderes, da forma de estado federativo, da existência do sistema de controle de constitucionalidade e, principalmente, do "fortalecimento e relevância das instituições judiciais" e da "incorporação do discurso

jurídico nas interações dos grupos sociais" (LIMA, 2013, p. 188). Portanto, a judicialização da política não deve ser considerada um desejo ou uma vontade dos órgãos jurisdicionais (KOTLEWSKI, 2018, p. 129). Na realidade, o fenômeno ocorre justamente porque o judiciário é requerido pelos diversos atores políticos e sociais para decidir sobre conflitos contemporâneos que não são resolvidos nos outros poderes. O poder judiciário passa a ser, portanto, identificado como autêntico ator político, mas em caráter excepcional, com suas singularidades e fundamentos diversos aos dos poderes majoritários (CAMPOS, 2015, p. 94).

Já com relação ao ativismo judicial, parte da doutrina conceitua como sendo uma prática de substituição da legalidade vigente na norma constitucional pelo senso de justiça e convicções pessoais do magistrado (STRECK, 2009; ABBOUD, 2016) e, para outra parte da doutrina, tal prática retrata uma postura proativa do julgador que se propõe a expandir o sentido e o alcance das normas constitucionais em decorrência da inércia e da ineficácia das instituições políticas majoritárias diante das demandas sociais, ou seja, atuações que ocorrem em caráter excepcional (BARROSO, 2012; CAMPOS, 2015; VERBICARO, 2019).

Para Streck (2009) e Abboud (2016), o fenômeno do ativismo judicial é analisando enquanto uma postura discricionária de ingerência dos magistrados, sendo necessário que sejam desenvolvidas teorias da decisão judicial aptas a impedir subjetivismos ou a incidência de interesses individualista do intérprete no ato decisório. O ativismo judicial, nestes termos, é compreendido enquanto um problema hermenêutico que visa extirpar a possibilidade de existência da discricionariedade judicial, visando o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial. Portanto, a prática ativista pelo judiciário, em regra, não se conformará com a democracia. Isso, pois, a partir do momento em que os magistrados passam a empregar nas decisões judiciais argumentos não normativos ou passam a distorcer clausulas abertas ou princípios, acabam ferindo a supremacia Constitucional para concretizar ideologias políticas e interesses/opiniões particulares, ameaçando de fronte a democracia. É aí que se identifica o malefício na prática de ativismo judicial: o risco de estabelecermos uma juristocracia ou uma supremacia judicial (STRECK, 2009, p. 19; ABBOUD, 2016, p. 752; TASSINARI, 2016).

Por outro lado, para Barroso (2012) o ativismo judicial ocorre quando o judiciário, em especial se referindo ao STF, "procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito". Ainda conforme o autor, a prática ocorre quando há a expansão do sentido

e alcance da interpretação constitucional de uma norma em razão de um "descolamento entre a classe política e a sociedade civil" (BARROSO, 2012, p. 25). É possível compreender que este deslocamento resulta do cenário sociopolítico de profunda polarização política e intolerância na esfera pública, do acirramento dos conflitos distributivos, da crise do presidencialismo de coalizão, do elevado grau de desconfiança, da falta de legitimidade do mundo político (despolitização social) e da crise de representatividade no sistema majoritário. Neste sentido, é visualizado um descrédito da política, com um consequente mal-estar nas instituições democráticas. O STF, neste contexto de tensões, pode acabar assumindo, nas palavras do ministro Barroso "a posição de 'vanguarda iluminista', cabendo-lhe em alguns momentos 'empurrar a história' e promover 'avanços civilizatórios'" (VERBICARO, 2019, p. 448).

Entretanto, o conceito de ativismo judicial não necessariamente se vincula a uma prática prejudicial à democracia (ou como um problema hermenêutico que visa superar o problema da discricionariedade judicial), já que a conformação de que existe uma indeterminação parcial no direito acaba por justificar a existência de uma discricionariedade judicial **leve** para uma atuação proativa do/a juiz/a. Esta discricionariedade leve seria inerente ao direito em razão dos limites da própria norma positivada, conforme as considerações feitas por Wilfrid Waluchow, defensor da corrente do positivismo inclusivo ou moderado (VERBICARO, 2019, p. 328). Sendo assim, até certo ponto, é possível haver um ativismo judicial no qual os/as juízes/as não atuam de forma arbitrária, mas sim de forma discricionária, justificada pela da incompletude das estruturas jurídicas existentes e pela inexistência de uma única resposta correta nos casos difíceis (VERBICARO, 2019, p. 479 e 514). Ressaltamos, novamente, que isso não significaria que os/as interpretes estariam livres para ignorar seus deveres jurisdicionais e as regras de fundamentação das decisões judiciais, as quais impõem a manutenção da segurança jurídica, da coerência e da integridade do ordenamento jurídico.

Para a autora Rachel Nigro (2012), é possível haver uma atuação judicial ativista quando ela está em contraste com problemas institucionais estruturais, com o propósito de materializar direitos fundamentais que estão estagnados no plano textual da norma Constitucional. A autora, buscando fundamentar tal argumento, toma a linguagem como ação, como mecanismo de constituição do mundo. Nos casos difíceis, seria imprescindível uma leitura mais complexa da Constituição que traz "à tona considerações morais relativas à democracia", já que é necessário compreender a

construção democrática de forma mais ampla, e não restrito às instancias majoritárias. Assim, a atuação do STF, seria como um corretivo dos próprios *déficits* democráticos em efetivar os direitos fundamentais, quando bem orientada por uma argumentação jurídica coerente, contribuindo para o amadurecimento das discussões políticas (NIGRO, 2012, p. 161).

Essa atuação do STF em prol das minorias sexuais e de gênero acabou gerando reações de camadas mais conservadoras da sociedade, as quais encararam o progresso dos Direitos LGBT+ como uma devassidão de princípios familiares tradicionais e religiosos. Neste interim, surge também a narrativa de que a suprema Corte estaria usurpando do poder privativo ao legislativo, incorrendo numa pratica de um suposto ativismo judicial que estaria colocando em risco a democracia. No caso da ADO 26, parte da comunidade jurídica justifica ter o STF incorrido nesta prática prejudicial à democracia, posto que violou o princípio da reserva legal do Direito Penal, o qual determina ser de exclusiva competência do Congresso Nacional a aprovação de crimes e penas, subvertendo os princípios do Estado Democrático de Direito a uma tirania da minoria – do Judiciário, no caso.

Por outro lado, no Brasil tentativas de revisões periódicas dos arranjos político-institucionais têm representado uma ameaça à autonomia e à independência do STF. O que se verifica são atores políticos, especificamente parlamentares, se valendo da narrativa introduzida pelos estudos sobre ativismo judicial para tentar restringir de forma arbitrária a atuação do STF. Temos, por exemplo, o PL 4.754/2016, proposto por Sóstenes Cavalcante (DEM/RJ), no qual foi apensado o PL 1.182/2019, de autoria de Bia Kicis (PSL/DF). Ambos visavam alterar a Lei dos crimes de responsabilidade (Lei n. 1.079/50), incluindo no art. 39 os crimes de (i) usurpação de competência do poder legislativo ou do poder executivo e (ii) o crime de "instituir mediante decisão, sentença, voto, acórdão ou interpretação analógica, norma geral e abstrata de competência do Congresso Nacional". Na justificativa do primeiro dos projetos, é alegado que:

> [...] a doutrina jurídica recente tem realizado diversas tentativas para justificar o ativismo judiciário, algo praticamente inexistente em nosso país nos anos 50, época em que foi promulgada a lei que define os crimes de responsabilidade. Este ativismo, se aceito como doutrina pela comunidade jurídica, fará com que o Poder Judiciário possa usurpar a competência legislativa do Congresso. Não existem atualmente, por outro lado, normas jurídicas que estabeleçam como, diante desta eventualidade, esta casa poderia zelar pela preservação de suas competências (BRASIL, 2016).

Ambas versões dos PLs foram consideradas inconstitucionais e dotadas de injuridicidade, conforme votação acirrada na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania de 33 deputados/as contra e 32 favoráveis. Alguns/mas deputados/as vitoriosos na votação manifestaram reconhecimento do papel contramajoritário[5] do STF na proteção dos direitos de minorias e que projetos como estes demonstram, de fato, tentativas de retirar a independência e autonomia do STF. Por outro lado, os/as deputados/as derrotados/as deixaram transparecer o receio em ver o STF solicitando aberturas de inquérito contra parlamentares, bem como rechaçaram o que chamaram de "hipertrofia do STF", que consistiria na substituição da Constituição pelo "programa ideológico" dos ministros. Para exemplificar tal fenômeno, os/as parlamentares citaram os julgamentos sobre aborto de fetos anencefálicos, da liberação de pesquisas com células-tronco e, por fim, do reconhecimento das uniões homoafetivas (SHUTTER, 2021). Neste sentido, é possível verificar que ecoa tanto na política quanto na mídia (GHANI, 2020; RIGHE, 2020; COSTA, 2021; ISTO É, 2021; JOVEM PAN, 2021) uma noção hipersimplificadora, inconstitucional e ilícita daquilo que seria ativismo judicial, sob o pretexto de aprofundar a desconfiança sobre o STF, em especial a partir do apelo aos julgamentos do STF que avançaram em questões morais.

Para auxiliar a elucidar esta situação, a compreensão multidimensional do ativismo judicial, desenvolvida por Campos (2015), demonstra maior potencial para caracterizar as atuações judiciais nos dias atuais, especialmente as decisões proferidas pelo STF. Isso, pois, o problema de indefinição conceitual do ativismo judicial deve considerar que seu uso indiscriminado e pejorativo (CAMPOS, 2015, p. 92) está inserido em um contexto de disputa sociopolítica, no qual determinados grupos, por meio da linguagem, podem dar significação distinta àquela que o termo realmente busca representar.

Com isso, a categoria do ativismo judicial pode ser subvertida para defesa de um projeto de desestruturação das conquistas sociais e dos direitos e garantias fundamentais da população LGBT+, por exemplo. Desta forma, a reflexão multidimensional do ativismo judicial não limita ou censura a possiblidade de reflexão sobre abusos de direito

[5] A função contramajoritária do STF decorre dos próprios fundamentos da legitimidade democrática das jurisdições constitucionais existentes, os quais consistem, em geral, na proteção dos direitos fundamentais de eventuais exceções ou abusos das maiorias políticas em detrimento das minorias sociais e na "proteção das regras do jogo democrático", as quais foram fundadas desde o seu princípio tendo por pressuposto o respeito à pluralidade sociocultural, "e dos canais de participação política de todos" (BARROSO, 2018, p. 2198).

ou de poder jurisdicional por parte do STF, mas o define em uma dimensão específica: a antidialógica, na qual o STF se impõe não como "guardião da Constituição", mas sim como "senhor da Constituição", colocando-se como único e último interprete da Constituição, obstaculizando o diálogo institucional (CAMPOS, 2015, p. 192).

Assim sendo, conclui-se que a ADO 26 representa uma prática de ativismo judicial em suas dimensões metodológica e de direitos (CAMPOS, 2015, p. 183). Com relação à dimensão metodológica, ela é identificada quando utilizaram em sede de um controle de constitucionalidade a técnica de interpretação conforme à Constituição dos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF e da Lei nº 7.716/89, **expandindo** as noções normativas de tais dispositivos para fazer valer o princípio da tutela jurisdicional efetiva aos sujeitos LGBT+, até que o Congresso Nacional cumpra seus compromissos institucionais de prevenção e repressão da violência LGBTfóbica. Se a argumentação jurídica dos ministros fosse pela mera declaração de omissão do legislativo e sua ciência, sem expandir a compreensão das normativas de combate ao preconceito e discriminação já existentes pela técnica de interpretação conforme a Constituição, haveria a violação da tutela jurisdicional efetiva, permanecendo o Estado em uma mora violadora da ordem constitucional. Houve, deste modo, o reconhecimento de direitos fundamentais à população LGBT+, exteriorizando a dimensão de direitos do ativismo judicial.

Portanto, não houve por parte do STF atividade legiferante penal às avessas e nem impedimento para o Congresso Nacional atuar, não incorrendo, de forma alguma, num ativismo judicial prejudicial à democracia (negativo) ou em sua dimensão antidialógica.

4 CONCLUSÕES E PROPOSTAS

Até este ponto desta pesquisa, nós nos coadunamos em maior parte com o conceito de ativismo judicial trazido por Barroso (2012), Nigro (2012), Campos (2015) e Verbicaro (2019) que não o firma como uma prática necessariamente negativa para as instituições democráticas. Isso, pois, no contexto brasileiro, os incursos jurídicos, políticos e midiático resultantes da atuação proativa do STF em temas moralmente polêmicos demonstram que o uso pejorativo do conceito do ativismo judicial não introduz ou inaugura um conhecimento que vá além daquilo que já está posto no campo da possibilidade – o abuso de direito ou de autoridade – e que necessita de maior criteriosidade para sua identificação e limitação, a ser desenvolvida na seara da teoria da

hermenêutica constitucional e da teoria da decisão judicial. Em síntese, o que esta pesquisa propõe é refletir sobre o manejo sociopolítico dado a categoria do ativismo judicial que, quando proferido para anunciar um cataclisma democrático, conforme ocorrências descritas no título anterior, acaba se localizando em um contexto de disputa discursiva que fere a independência do STF na efetivação de direitos e garantia fundamentais da população LGBT+.

Desta forma, segundo as/os teóricas/os que admitem ser possível haver um ativismo judicial diante de insuficiências do atual sistema político-representativo, podemos afirmar que a atuação do STF no caso da ADO 26 representa a prática de ativismo judicial, mas em sua acepção multidimensional, posto que houve a aplicação da técnica de controle de constitucionalidade de interpretação conforme à constituição incisos XLI e XLII do art. 5º da CF e da Lei nº 7.716/89, expandindo as noções normativas de tais dispositivos, inclusive da noção de racismo social do Habeas Corpus n° 82.424/RS, para fazer valer o princípio da tutela jurisdicional efetiva aos sujeitos LGBT+, até que o Congresso Nacional cumpra seus compromissos institucionais de prevenção e repressão da violência LGBTfóbica. No caso, se a argumentação jurídica dos Ministros fosse pela mera declaração de omissão do legislativo e sua ciência, sem expandir a compreensão das normativas de combate ao preconceito e discriminação já existentes pela técnica de interpretação conforme a constituição, haveria a violação da tutela jurisdicional efetiva, permanecendo o Estado em uma mora violadora da ordem constitucional.

Não houve por parte do STF, portanto, atividade legiferante penal às avessas, incorrendo num ativismo judicial prejudicial à democracia ou antidialógico, já que não foi criada nova norma pelo judiciário e nem mesmo suprimida a competência privada do Congresso Nacional em elaborar norma autônoma de combate à LGBTfobia. Entretanto, no contexto em que vivemos, por ser o único dos poderes que se digna a efetivar sem escusas os direitos LGBT+ e por ter protagonizado disputas políticas de grande notoriedade, o STF tem sofrido ameaças e acusações de deputados/as e de parte da mídia, tendo desgastado enormemente sua reputação nos últimos anos para "evitar desgastes político" nas instâncias eleitas, já que estas "avaliam ser muito melhor deixar que o Supremo Tribunal Federal se posicione sobre questões sociais sensíveis do que gerar, por sua atuação, indisposições políticas" (TASSINARI, 2016, p. 18).

Por fim, cumpre ressaltar neste sentido que os ganhos amealhados no STF não são garantia de estabilidade e proteção dos direitos LGBT+, visto que sem uma política de Estado que garanta expressamente os direitos LGBT+, como mediante um Estatuto da

Diversidade (PL n. 134/2018) ou uma Emenda Constitucional aprovada na instância majoritária, as decisões e os entendimentos judiciais emanados do STF sobre a população LGBT+ podem ser revistos e esfacelados ao decorrer dos anos. Inclusive, há alguns fatos recentes que vêm para confirmar tal afirmativa, como a extinção do CNCD/LGBT+ (CNDH, 2019), a expansão no poder público da racionalidade neoconservadora a partir das narrativas do "ativismo judicial", verificado a partir das insurgências políticas e midiáticas.

5 REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Opinião Jurídica**, v. 3, n. 6, 2005, p. 211-252. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2881/925>. Acesso em: 15 maio 2021.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, n. 1, v. 5, p. 23-32. 2012.

BIANCONI, Giulliana (ed.). Violência contra LGBTs+ nos contextos eleitoral e pós-eleitoral. **Gênero e Número,** 2019. Disponível em: <https://violencialgbt.com.br/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 4754, de 13 de março de 2016**. Altera a redação do art. 39 da lei 1.079, de 10 de abril de 1950. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700>. Acesso em: 20 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26.** Práticas homofóbicas e transfóbicas configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, por efeito de mandados constitucionais de criminalização (cf, art. 5º, incisos XLI e XLII), por traduzirem expressões de racismo em sua dimensão social. Requerente: Partido Popular Socialista. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 jun. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 25 maio 2020.

_____. Senado Federal. **Petição (SF) n. 6, de 2019**. Denúncia com pedido de impeachment em face dos Ministros do Supremo Tribunal Federal José Celso de Mello Filho; Luís Roberto Barroso; Luiz Edson Fachin; e Alexandre Moraes, com fundamento no art. 52, inciso II, da Constituição Federal c/c o disposto no art. 41 da Lei nº 1.079/1950. Brasília, DF: Plenário do Senado Federal, 2019a. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135548>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. Senado Federal. **Petição (SF) n. 6, de 2019**. Decisão do Presidente do Senado Federal pelo arquivamento da PET 6/2019. Brasília, DF: Plenário do Senado Federal, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135548>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos em aliança e a política das ruas: notas para uma teoria performativa de assembleia**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Versão Kindle.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Versão on-line.

CARVALHO, José S. Filho; VECCHIATTI, Paulo Iotti. Legitimidade constitucional das decisões do STF sobre direitos LGBTI+. **Consultor Jurídico (CONJUR)**, dez. 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-dez-19/observatorio-constitucional-legitimidade-constitucional-decisoes-stf-direitos-lgbti>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CNDH. Conselho Nacional de Direitos Humanos. **Nota Pública Contra a Extinção do Conselho LGBT**. Brasília, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/mocoes-e-notas/copy2_of_NotaPblicacontraaextinodoConselhoLGBT.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2021.

COSTA, Rodolfo. Propostas para “enquadrar” STF e reduzir ativismo judicial ganham força no Congresso. **Gazeta do Povo**, 02 maio 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/congresso-disciplinar-stf-ativismo-judicial/>. Acesso em: 20 dez. 2021.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990: um estudo a partir da cidade de São Paulo**. 245 p. – Dissertação (mestrado em Antropologia Social) Pós-graduação (Instituto de Filosofia e Ciências Humanas), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo, 2002. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/282012>. Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. **Entre compassos e descompassos: um olhar para o "campo" e para a "arena" do movimento LGBT brasileiro**. Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades, v. 3, n. 04, 27 nov. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2300>. Acesso em 12 out. 2020.

_____. CARMO, Íris Nery do; LIMA, Stephanie Pereira. Movimentos feminista, negro e LGBTI no Brasil: sujeitos, teias e enquadramentos. **Educ. Soc.,** Campinas, v. 41, 2020. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302020000100205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez. 2020.

FEITOSA, Cleyton. **Políticas públicas LGBT e construção democrática no Brasil.** 1 ed. – Curitiba: Appris, 2017. Versão kindle.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade de saber.** 13 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Domingos de; et. al (Orgs.). **Mortes violentas de LGBTI+ no Brasil – 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBT+ e Grupo Gay da Bahia**. 1. ed. – Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/2021/05/14/relatorio-observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-2020/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

GHANI, Alan. Ativismo judicial: novo vírus contra a democracia. **InfoMoney**, 18 maio 2020. Disponível em: **<**https://www.infomoney.com.br/colunistas/economia-e-politica-direto-ao-ponto/ativismo-judicial-novo-virus-contra-a-democracia/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

ISTO É. **'Sou contra o ativismo judicial do Supremo', diz Bia Kicis.** Isto é: Dinheiro, 04 fev. 2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/sou-contra-o-ativismo-judicial-do-supremo-diz-bia-kicis/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

JOVEM PAN. Para jurista Ives Gandra, STF age com ativismo judicial 'que não se justifica'. **Jovem Pan**, 30 ago. 2021. Disponível em: <https://jovempan.com.br/programas/direto-ao-ponto/para-jurista-ives-gandra-stf-age-com-ativismo-judicial-que-nao-se-justifica.html>. Acesso em: 18 dez. 2021.

KOTLEWSKI, Karine de Castro. **Ativismo, jurisdição constitucional e Estado democrático de direito brasileiro: o Supremo Tribunal Federal entre guardião de promessas e legislador de toga.** Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito - Direitos Humanos, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, RS, 2018. Acesso em: 15 out. 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate.** Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2013. Acesso em: 15 out. 2021.

MACRAE, Edward. **A construção da igualdade- política e identidade homossexual no Brasil da "abertura".** Salvador: EDUFBA, 2018.

MACHADO, Isadora Vier. ELIAS, Maria Ligia Ganacim Granado Rodrigues. **Democracia, STF e a Ideologia de Gênero**. In: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de; VASCONCELOS, Thamires Nayara Sousa de. Direito: justiça, políticas públicas e as relações entre Estado e Sociedade. Ponta Grossa: Atena Editora, 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. Constitucionalismo Negro: elementos de teoria e história constitucional a partir da Revolução Haitiana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, UNISINOS, v. 13, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/16763 >. Acesso em: 28 nov. 2021

QUINALHA, Renan Honório. **Contra a moral e os bons costumes: a política sexual da ditadura brasileira (1964-1988).** Tese (Doutorado em Ciências), Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/101/101131/tde-20062017-182552/pt-br.php>. Acesso em: 15 nov. 2020.

RIGUE, André. 'Ativismo judicial preocupa', diz General Girão sobre quebra de sigilo. **CNN Brasil**, 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/ativismo-judicial-preocupa-diz-deputado-girao-sobre-quebra-de-sigilo/>. Acesso em: 18 dez. 2021

SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional /** Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Versão on-line.

STRECK, Lênio Luiz. O Problema da Decisão Jurídica em tempos Pós-Positivistas. **Novos Estudos Jurídicos,** v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1766>. Acesso em: 12 jun. 2021.

TASSINARI, Clarrissa. **A Supremacia Judicial Consentida: uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. Tese de doutorado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6403>. Acesso em: 15 out. 2021.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da Colônia à atualidade.** 4 ed, rev., atual. e amp. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. Versão kindle.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**. Bauru, SP: Spessotto, 2020. 168 p. Versão kindle.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial.** 2ª ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019. Versão online.