

O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA COMUNIDADE LGBT

THE PHENOMENON OF JUDICIALIZATION OF POLITICS FOR THE ACHIEVEMENT OF LGBT COMMUNITY RIGHTS

“Minha dor é perceber que apesar de termos feito tudo que fizemos ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais.”
(Antonio Carlos Belchior)

Pâmela Nascimento*

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste em investigar a forma com que o Brasil vem efetivando, em esfera federal, os direitos constitucionais da comunidade LGBT¹. Traçou-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: “a judicialização da política é um fenômeno importante para a promoção dos direitos da comunidade LGBT?” Dividido em quatro momentos, será analisado inicialmente o reconhecimento do movimento LGBT como movimento social e político, após, identificar-se-á a vulnerabilidade legislativa dessa comunidade desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, expondo, também, a proteção legal que as demais minorias brasileiras possuem para ao fim observar a necessidade da judicialização da política para a efetivação dos direitos das minorias sexuais, bem como verificar o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, recentemente julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Para a presente pesquisa foi utilizado o método hipotético-dutivo. A hipótese foi confirmada, verificando-se que a judicialização da justiça é um mecanismo eficiente para a efetivação dos direitos da comunidade LGBT, visto que a inércia do Congresso Nacional em legislar sobre os direitos desse grupo vulnerável é uma realidade no país.

Palavras-chave: comunidade LGBT; direitos constitucionais; Congresso Nacional; judicialização da política; vulnerabilidade legislativa.

Abstract: *The aim of this paper is to investigate the way Brazil has been implementing the constitutional rights of the LGBT community at the federal level. The following question was raised as a research problem: “Is the judicialization of politics an important*

* Acadêmica da 10ª fase do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina, em Joinville/SC. Pesquisadora do Grupo de Estudos “Fundamentos do Direito positivo e as transformações sociais”, vinculado ao CNPq. Pesquisadora bolsista do Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina – UNIEDU. E-mail: pamela.nascimento@catolicasc.org.br.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5524597113580487>

¹ Nesta pesquisa optou-se por utilizar a sigla LGBT, uma vez que o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ainda utiliza essa denominação, não sendo excluídas as demais orientações sexuais e identidades de gênero existentes.

phenomenon for the promotion of the rights of the LGBT community?" Divided into four moments, the recognition of the LGBT movement as a social and political movement will be analyzed initially, after which the legislative vulnerability of this community will be identified since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, also exposing the legal protection that The other Brazilian minorities have, to this end, to observe the need for judicialization of the policy for the realization of the rights of sexual minorities, as well as to verify the case of the Direct Action of Unconstitutionality by Default n. 26, recently tried by the Federal Supreme Court. For the present research, the hypothetical-deductive method was used. The hypothesis was confirmed, verifying that the judicialization of justice is an efficient mechanism for the realization of the rights of the LGBT community, since the inertia of the National Congress in legislating on the rights of this vulnerable group is a reality in the country.

Key-words: LGBT community; constitutional rights; National Congress; judicialization of politics; legislative vulnerability.

1. INTRODUÇÃO

A omissão pública e o discurso de ódio político e social remetem a momentos históricos totalitários, ocorridos durante o século XX. Durante a Segunda Guerra Mundial governos de cunho nazista e fascista tinham a intenção de destruir indivíduos para gerar uma sociedade com um padrão étnico e racial considerado ideal, que não permitia a existência de pessoas consideradas diferentes e fora dos padrões sociais e raciais desejados. Os nazistas assumem então uma política de extermínio de pessoas fora dos padrões desejados, como a solução para que fosse criada a sociedade perfeita. Milhares de seres humanos, como crianças, homens, mulheres, idosos, ciganos, deficientes, eslavos, povos perseguidos por seus comportamentos, como os Comunistas, Socialistas, Testemunhas de Jeová e homossexuais estavam fora do padrão desejado, ocorrendo, assim, o extermínio e a tentativa de aniquilação dessas minorias (HASSE; SPERANDIO, 2016).

Nesse cenário nazista, Hannah Arendt expõe, na obra *Eichmann em Jerusalém*, que Eichmann era um indivíduo ordinário, um sujeito sem juízo crítico, não sabia tomar decisões autônomas, não possuía a capacidade de ter piedade ou empatia pelo próximo, sentia-se indiferente com o sofrimento alheio. Ele seguia ordens e ideologias nazistas impostas sem questionar, fechava os olhos para a realidade, negava a existência da maldade que cometia, banalizava o mal. (ARENDR, 2007).

Quando, em uma sociedade, discursos de ódio são perpetrados de forma natural e mecânica, atos violentos contra determinados grupos se tornam cotidianos, a discriminação não constrange e o preconceito é relativizado, o mal acaba por se tornar banal. Nessa perspectiva, fomentar discursos de ódio e negar a implementação de direitos e proteção a minorias é nega-las enquanto sujeitos de direito e banalizar o mal cometido a elas.

Dessa forma, pode-se seguir a premissa de que o mal contra a comunidade LGBT brasileira foi banalizado? Ora, decidir que a liberdade de gênero e orientação sexual não necessitam de implementação de proteção constitucional é banalizar o mal

cometido a esse grupo, é tratar com trivialidade os atos discriminatórios cometidos contra essa minoria.

O Brasil é o líder mundial no ranking dos assassinatos de pessoas transexuais, conforme publicado pela Transgender Europe (TGEU), instituição internacional que monitora mortes de pessoas trans pelo mundo. Apenas em 2018 ocorreram 163 mortes de pessoas trans no Brasil (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2018). Apenas em 2018 ocorreram 1.685 denúncias de violência contra LGBT protocoladas no disque 100 – Disque Direitos Humanos, o que resultou em 2.879 violações de direitos contra essa minoria, no país. Destas, 70,56% são violências relacionadas à discriminação, 47,95% são violências psicológicas, que englobam xingamentos, humilhação, hostilização, injúria, entre outros, 27,48% referentes à violência física e 11,51% à violência institucional (BRASIL, 2019). Mesmo diante da banalidade do mal expressa em sociedade, o Legislativo nada fez para criminalizar a homotransfobia no Brasil.

À vista do exposto, o presente artigo visa contextualizar o reconhecimento do movimento LGBT como movimento social e político, bem como apresentar os desafios da luta por efetivação dos direitos dessa minoria e a necessidade da judicialização da política para assegurar cidadania a esse grupo minoritário.

A metodologia utilizada neste estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como fundamento do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “a judicialização da política é um fenômeno importante para a promoção dos direitos da comunidade LGBT?”.

A hipótese proposta indica que um dos compromissos do Estado é adotar medidas legislativas para garantir a igualdade em direitos, entretanto, o Poder Legislativo Federal se omitiu a promover um marco legal para assegurar a liberdade sexual e de gênero no país e para combater a homofobia. Dessa forma, o fenômeno da judicialização da política é um meio eficaz para a promoção dos direitos da comunidade LGBT.

Assim, o presente estudo tem como objetivo investigar de que forma o Brasil vem efetivando em esfera federal os direitos constitucionais da comunidade LGBT, examinando, em um primeiro momento, o reconhecimento do movimento LGBT e posteriormente identificando a vulnerabilidade legislativa dessa comunidade desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, expondo, também, a proteção legal que as demais minorias brasileiras possuem e por fim analisando a necessidade da judicialização da política e de um Poder Judiciário ativo para a efetivação dos direitos das minorias sexuais.

2. O RECONHECIMENTO DO MOVIMENTO LGBT

Até 1990 a homossexualidade era classificada como distúrbio mental pela Organização Mundial da Saúde - OMS, até então esta orientação sexual era tratada como desordem de gênero e inversão congênita. Como resultado das reivindicações de grupos militantes a homossexualidade, na época conhecida como homossexualismo, foi retirada da categoria de “Desvio e Transtornos Sexuais” (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2019). Conforme Carneiro (2015, p. 03):

O saber médico que concebia a homossexualidade como doença, até então encastelado em sua “verdade”, passa a sofrer diversos ataques dentro do próprio campo da medicina, como também da psicologia. Da mesma forma, ativistas homossexuais passaram a reivindicar a revogação desse código 302.0 por entender que essa patologização reforçava a série de atribuições negativas direcionadas àqueles que desfrutavam dos prazeres com o mesmo sexo e era responsável por conferir a eles um status quo de subcidadão, categoria inferior dentro da estruturação social.

Ainda mais, apenas neste ano a Organização Mundial da Saúde – OMS aprovou nova resolução para remover da sua Classificação Internacional de Doenças o “transtorno de identidade de gênero”, que definia a transexualidade como transtorno mental (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2019).

Como visto, houve pouco progresso quanto ao reconhecimento da existência de diversidade sexual e de gênero, provando a grande intolerância da sociedade quanto a esse grupo minoritário. Essa negação de existência de diversidade se dá, principalmente, pela rejeição daquilo que é considerado fora do padrão de normalização social.

As informações acima expostas corroboram o motivo dessa comunidade estar em posição de subordinação e vulnerabilidade social, sofrendo com a opressão, com a discriminação e com o preconceito. Por causa disso, esses necessitam de proteção especial do Estado para que seus direitos sejam efetivados e assegurados, tornando-se, assim, minorias sexuais.

A fim de alcançar os direitos à dignidade e à liberdade humana, essa minoria se estabeleceu como movimento social, denominado de movimento LGBT, levando a sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais. Nesse sentido, para Balestro e Bahia (2018, p. 152):

Assim, paulatinamente, a orientação sexual e a identidade de gênero vêm sendo reconhecidas como reflexo do direito à liberdade sexual, que integra a própria ideia de liberdade humana, de construção da identidade, da personalidade do indivíduo e, enquanto tal, recôndito do mais íntimo da pessoa e merecedor da plena proteção jurídica.

Dessa maneira, em 28 de junho de 1969, em Stonewall Inn, Greenwich Village, Nova Iorque, Estados Unidos, deu-se a rebelião de Stonewall, considerada o marco zero da luta pelos direitos LGBT em todo o mundo.

Os frequentadores do bar Stonewall Inn sofriam constantes repressões policiais, na madrugada de 28 de junho daquele ano não foi diferente. A polícia realizou uma batida no estabelecimento agredindo e levando sob custódia travestis e *drag queens*, com a justificativa de que não estavam usando roupas adequadas a seus “gêneros”. (MATZNER, 2015).

Revoltados, os travestis detidos começaram a reagir aos policiais, esses, então, usaram a violência física para que aqueles ficassem sob custódia. Naquele momento, já havia uma multidão em volta do bar que mirou objetos como garrafas e pedras em direção aos policiais. Dessa forma, a multidão continuava a engrandecer, sendo que toda a comunidade LGBT de Nova Iorque, que por vezes se escondia por medo da repressão estatal, uniu-se em frente ao Stonewall Inn para protestar de forma radical e revolucionária sobre a necessidade de mudanças que o mundo precisava tomar acerca dos direitos LGBT (MATZNER, 2015).

A revolução perdurou por inúmeros dias, em diferentes pontos da cidade de Nova Iorque: a primeira vez na história que gays, lésbicas e transexuais resistiam de forma unida contra a violência e preconceito, iniciando, no contexto histórico a luta pelos direitos e liberdades civis desta comunidade (MATZNER, 2015). Portanto, deve-se lembrar da rebelião de Stonewall como o início do ativismo político das minorias sexuais contra a discriminação perpetrada contra essas pessoas, que lutam até o hoje pelo direito de serem quem são.

Bem, enquanto nos Estados Unidos ocorria uma revolução histórica, que marcou o início do ativismo LGBT, no Brasil ocorria o auge da ditadura militar, que retirava os direitos civis e individuais da população.

Foi em 1978, em meio à censura ditatorial, que essa minoria ascendeu seu ativismo político por meio de um jornal com temática homossexual chamado “O Lâmpião da Esquina”, que tratava sobre os engajamentos de oposição à ditadura, reivindicando os direitos das minorias brasileiras. O jornal, lançado em meio ao decreto do AI-5, objetivava acabar, de uma vez por todas, com a clandestinidade dos homossexuais no país, revelando a voz desta minoria por vez silenciada (MORETTI-PIRES; JÚNIOR; KOVALESKI, 2018).

Em uma de suas edições, “O Lâmpião” concedeu espaço para as lésbicas escreverem um artigo. Para Kumpera (2018, p. 03):

Na primeira matéria que as lésbicas publicaram no Lâmpião, em maio de 1979, intitulada “Nós também estamos aí”, elas protestaram veementemente contra o apagamento da existência lésbica. Afirmaram que “estavam atrasadas”, não só porque o jornal já existia há um ano (...)

Desse artigo surgiu o primeiro boletim lésbico, que iniciou suas vendas em um bar frequentado por lésbicas no centro de São Paulo. Por mérito da forte repressão na ditadura, em 1983 os donos do estabelecimento proibiram a venda do boletim, sendo as militantes hostilizadas por eles, que as expulsaram por meio de agressão física (KUMPERA, 2018).

Em reação à violência vivenciada, no dia 19 de agosto de 1983, a comunidade LGBT, bem como o movimento feminista, reuniu-se em frente ao bar, em forma de ato político, para tentar reverter a proibição da venda do boletim. Nesse dia se deu a primeira manifestação política organizada por lésbicas no Brasil (KUMPERA, 2018).

Como se pode notar, em meio à represália militar, o movimento LGBT brasileiro tomava forma como grupo estruturado, resistindo ao cenário político vivenciado na época.

Na década de 80 se deu início à epidemia do HIV/AIDS, para Freire e Cardinali (2012) a epidemia impactou drasticamente o movimento LGBT no Brasil, que até então estava em ascensão. Por consequência dessa doença, apelidada de “câncer gay”, iniciou-se forte intolerância por parte da sociedade contra os homossexuais e transexuais. O fato da epidemia, juntamente com grande número de mortes de homossexuais e transexuais provocadas pela doença, fez com que o movimento LGBT diminuísse suas atividades.

Sobre a epidemia da AIDS Fachinni (2002, p. 13) afirma:

Antes do final da primeira metade dos anos 80, houve uma drástica redução na quantidade de grupos presentes no movimento. Isto pode ser justificado, entre outras coisas, pelo surgimento da epidemia da aids, então chamada de “peste gay”, e seu poder de desmobilização das propostas de liberação sexual, e ainda, pelo fato de muitas lideranças terem se voltado para a luta contra a aids, criando as primeiras respostas da sociedade civil à epidemia.

Segundo Freire e Cardinali (2012, *apud* Fachinni e França, 2009) a violência contra essa minoria só aumentava no Brasil; desse modo, na década de 90 a comunidade LGBT voltou a se unir, organizando-se de forma institucional, formando parcerias com organizações públicas no âmbito da saúde e política para que houvesse maior efetividade dos seus direitos e demandas, por meio de políticas públicas por exemplo.

Dessa forma, o movimento LGBT se modificou: a postura de clandestinidade da época da ditadura e a vitimização pelo efeito da epidemia da AIDS ficaram para trás, dando vez para o orgulho, visibilidade e luta por direitos civis e políticos.

As reivindicações políticas do movimento brasileiro ganham força a cada ano, por meio de formações de Frentes Parlamentares, organizações e ativistas que tentam incorporar as demandas e direitos dessa comunidade por meio do Legislativo e Judiciário, com implementação de políticas públicas e manifestações pacíficas, como a Parada do Orgulho LGBT, em São Paulo, que se consolidou como o maior evento LGBT do mundo (FRANÇA; FACHINNI, 2009).

Em 2008 o movimento LGBT brasileiro completou 30 anos, em comemoração a esse feito foi realizada a Primeira Conferência Nacional LGBT, em Brasília, com o tema “Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais”. No evento foram aprovadas 559 propostas que objetivavam a efetivação dos direitos LGBT (FREIRE E CARDINALI, 2012). Sobre a magnitude da Conferência, descrevem Fachinni e França (2009, p. 56):

Na noite de 05 de junho, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, ministros e representantes do movimento discursaram na

solenidade de abertura da Conferência Nacional, causando grande impacto na mídia e no movimento. Nos dias que se seguiram, 569 delegados, além de observadores e convidados, reuniram-se em torno de eixos temáticos, e a plenária final aprovou 559 propostas. O Brasil é o primeiro país a promover uma atividade desta natureza que, realizada no ano em que se comemoraram os 30 anos do movimento LGBT no Brasil, selou o compromisso do Estado brasileiro com os direitos de LGBT

A Conferência Nacional mostrou o reconhecimento do movimento LGBT, que havia se tornado uma forte organização civil que reivindica por suas demandas e procura visibilizar essa comunidade diante da sociedade, construindo discursos políticos robustos que visam suscitar a efetivação de seus direitos por meio dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A (NÃO) DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL

Durante a elaboração da Constituinte os políticos e sujeitos coletivos que defendiam os direitos das minorias sexuais lutaram pela inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual no inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Assegurar e positivar a não-discriminação por orientação sexual no texto constitucional teria forte relevância sócio-política, uma vez que traria visibilidade e tratamento político para as minorias brasileiras (SANTOS, 2005).

“Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual” diz o título da notícia estampada no caderno de política do jornal Folha de S. Paulo, na data de 29 de janeiro de 1988:

Eram 18h07, e o plenário permanecia praticamente lotado com os 461 constituintes que acabavam de votar. Ulysses Guimarães, presidindo a Mesa, anunciou a derrota, por 317 a 130 (e 14 abstenções), da emenda que incluiria no texto definitivo da Constituição, como um dos objetivos fundamentais do Estado, “promover a superação de preconceitos”, entre os quais os que se abatem sobre os cidadãos por suas “preferências sexuais”. Das poltronas da direita, maior concentração do chamado bloco evangélico, formado por 34 pastores protestantes, alguns aplausos acolheram o resultado estampado, minutos antes, no painel de votação eletrônica. Do bloco da esquerda, nenhuma manifestação de reprovação ou desgosto. Estava concluída, assim, uma tentativa constitucional iniciada em março do ano passado, quando pela primeira vez se propôs, sofrendo então a primeira derrota, a inclusão no texto constitucional da não discriminação aos homossexuais (FOLHA DE S. PAULO, 1988)

O dispositivo legal do inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal evidencia, pela primeira vez, a invisibilidade da comunidade LGBT perante o Congresso Nacional,

uma vez que conforme esse inciso o Estado deve promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade.

Ora, mesmo diante da argumentação dos defensores do movimento LGBT, o Congresso Constituinte fechou os olhos para essa comunidade, incluindo como objetivo fundamental do Estado promover a diminuição do preconceito contra diversas minorias, menos contra a minoria sexual, ausentando-se de efetivar segurança jurídica a essa, que já naquela época lutava para que seus direitos fundamentais fossem assegurados. Sobre o tema afirma Trevisan (2002, p. 158):

Em Brasília, durante a aprovação da nova Constituição de 1988, o plenário do Congresso Constituinte votou quase em peso contra a inclusão do item que proibia discriminação “por orientação sexual”. A bancada evangélica bateu palmas ante a derrota da assim chamada “emenda dos viados”, ou, para usar os termos do líder do governo Carlos Sant’Anna, emenda da “desorientação sexual”. Estavam salvos os valores morais da nação.

Além do Congresso barrar o dispositivo da Constituição que proibiria a discriminação por orientação sexual, esse se mostrou intransigente, desconsiderando a reivindicação da comunidade LGBT.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a inércia do Congresso Constituinte em assegurar, de forma específica, a igualdade em direitos e proteção constitucional para as minorias sexuais anunciou a árdua luta da comunidade LGBT por um marco legal. Para Santos “o resultado da votação na constituinte, no entanto, veio anunciar a longa trajetória de luta que o movimento LGBT teria que trilhar” (2005, p. 261).

Em 1995 a deputada federal Marta Suplicy (PT-SP) apresentou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 139/1995 objetivando alterar o artigo 3º da Constituição Federal, incluindo a liberdade de orientação sexual como um dos objetivos do Estado em promover o bem de todos, sem preconceitos. O Projeto, que estava em trâmite, foi arquivado em 1999 por conta do fim da legislatura da Deputada (SANTOS, 2015).

Novamente, em 1999 houve a tentativa de garantir a liberdade sexual dos indivíduos no dispositivo constitucional. O Deputado Federal Marcos Rolim do Partido dos Trabalhadores apresentou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 67/1999 que incluiria no art. 3º da Constituição a promoção da liberdade sexual como um dos objetivos fundamentais do Estado. Para o Deputado a Constituição deveria cumprir com seu papel de efetivar a cidadania de todos, sem preconceito ou discriminação, devendo proteger os direitos dos grupos historicamente vulneráveis. Entretanto, provando em 31/01/2003 a PEC, que permaneceu em trâmite, foi arquivada por conta do fim da legislatura do Deputado (SANTOS, 2005).

Portanto, desde o plenário do Congresso da Constituinte de 1988 as tentativas de proteger os direitos das minorias LGBT por meio de Emendas Constitucionais fo-

ram infrutíferas, frustradas e barradas por um Poder Legislativo que opta por não enxergar a vulnerabilidade de um grupo historicamente marginalizado no Brasil.

4. MINORIAS NO ÂMBITO LEGISLATIVO

Sabe-se que o Princípio da não-discriminação está presente na Carta Magna, entretanto, desde a implementação desse Princípio no ordenamento jurídico brasileiro o Poder Legislativo não atuou para combater a violência contra a comunidade LGBT, sendo essa minoria a única a não possuir um marco legal promovido pelo Congresso Nacional.

A primeira tentativa de implementar um marco legal que intentava pela efetivação dos direitos das minorias sexuais foi realizado em 1995, pela então deputada federal Marta Suplicy (PT-SP). O Projeto de Lei – PL nº 1.151 visava instituir a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Esse permaneceu no limbo do Legislativo por seis anos, sendo em 2001 retirado de pauta (FREIRE; CARDINALLI, 2012).

Bem, conforme o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA as minorias brasileiras que não tiveram seus interesses políticos representados ao longo da história são: os negros; as mulheres; os índios; os idosos; as pessoas com deficiências; as crianças e adolescentes e; a comunidade LGBT (POGREBINSCHI, 2012).

Em relação à minoria negra, essa possui o Estatuto da Igualdade Racial, que visa a diminuição da desigualdade e da discriminação racial no Brasil. A população negra também detém de proteção constitucional, o art. 5º, XLIII da Carta Magna dispõe que o crime de racismo seja inafiançável e imprescritível. Por força do artigo 5º da Constituição Federal, em 1989 foi sancionada a lei para o crime de racismo (Lei 7.716/89), que dispõe sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (PAULA; SILVA; BITTAR, 2017).

As mulheres também dispõem de um estatuto, a Lei “Maria da Penha” (Lei 11340/06). Dentre as proteções jurídicas, no âmbito constitucional, cível e criminal, que as mulheres possuem, essa lei se destaca por regulamentar seus direitos em situações de violência doméstica, além de dispor sobre políticas públicas que assegurem a prevenir os direitos dessa minoria (BRASIL, 2006). O preâmbulo da lei estabelece:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006).

A população indígena possui o Estatuto do Índio – Lei 6.001/73, entretanto esse está em desuso (BRASIL, 1973). Os autóctones possuem também um capítulo na Constituição Federal que trata especificamente sobre os direitos dessa minoria nos

artigos 231 e 232 (BRASIL, 1988). Já os idosos possuem o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03 (BRASIL, 2003). Os deficientes também dispõem de seu estatuto próprio, o Estatuto das pessoas com Deficiência – Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015). Por fim, há o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – Lei 8.069/90 que assegura os direitos dessa minoria em todos os âmbitos jurídicos (BRASIL, 1990).

Ora, é evidente a quantidade de avanços na proteção dos direitos das minorias brasileiras, mostrando, assim, a vulnerabilidade legislativa da minoria LGBT, desamparada por um Poder Legislativo que toma partido em excluir de suas pautas de discussão os direitos e necessidades desse grupo.

A ausência de proteção legal às minorias sexuais traz o seguinte questionamento: qual o grau de exclusão social que um sistema considerado democrático, como o brasileiro, pode aceitar? A exclusão social acarreta a degradação do ser humano em suas manifestações e o afastamento das minorias da discussão política e do amparo aos seus direitos (BAHIA; BALASTROS, 2018, p. 165).

Como visto, desde o início do movimento LGBT no Brasil, há cerca de 40 anos, a luta por maior visibilidade dessa comunidade diante do Poder Legislativo se mostrou infrutífera. No Congresso Nacional não houve qualquer avanço para que Leis Federais que protegessem essa minoria fossem decretadas. Visto isso, esse grupo obteve suas conquistas por meio de decisões favoráveis do Poder Judiciário, que atuou como assegurador dos seus direitos.

A exemplo das conquistas da comunidade LGBT por meio do Judiciário, em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união civil entre pessoas do mesmo sexo, dando amplo entendimento ao artigo 226 da Constituição Federal. Até então os casais homoafetivos não possuíam o reconhecimento de união civil, não tendo direito à sucessão e partilha de bens (D'ELIA, 2011). Até o ano de 2019, o Congresso Nacional não legislou acerca da regulamentação do casamento entre casais do mesmo sexo. Desse modo, para Bahia e Balestro (2018, p. 165):

O Brasil, (...) apresenta o desconcertante dado de não possuir nenhuma lei federal que contemple de forma geral e direta quaisquer das históricas reivindicações deste grupo vulnerável, entre elas a regulamentação do casamento homoafetivo, a criação de políticas educacionais anti-homofobia e a equiparação da homofobia ao crime de racismo.

A equiparação da homotransfobia ao crime de racismo é uma das bandeiras mais levantadas da comunidade LGBT. Recentemente, em 2015, o Projeto de Lei n. 122/2006, apresentado pela Deputada Iara Bernardes (PT/SP), que visava punir crimes resultantes de discriminação ou preconceito contra orientação sexual e identidade de gênero foi arquivado por não ter tido movimentações no Congresso (BAHIA; BALESTRO, 2018).

Em decorrência do crescente número de crimes cometidos contra a comunidade LGBT, bem como da ausência de marco legal que traga segurança para essa

comunidade, o Partido Popular Socialista – PPS, em 2013, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de n. 26 perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando o reconhecimento da omissão inconstitucional do Congresso Nacional em aprovar projetos de lei que busquem a criminalização da homofobia e da transfobia. (BAHIA; BALESTRO, 2018).

Atualmente na Lei do racismo há ampla proteção contra violências decorrentes não só de raça, mas de cor, procedência nacional e religião, vê-se, assim, que a Lei do racismo trata sobre diversas formas de discriminação, menos da discriminação contra a orientação sexual e identidade de gênero. Dessa forma, evidencia-se a deficiência estatal em proteger a comunidade LGBT, sendo essa a única minoria brasileira a não possuir um marco legal na efetivação de seus direitos.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA BRASILEIRA E O CASO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26

A inércia do Congresso Nacional em legislar para a comunidade LGBT, fazendo com que esse grupo busque amparo no Poder Judiciário traz à tona o fenômeno jurídico chamado de Judicialização da Política. Para Barboza e Kozicki (2012) tal fenômeno ocorre quando a sociedade e os atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para decidir sobre questões políticas, morais, religiosas e centrais para a coletividade e para a política. Desse modo, vários dilemas morais e políticos são transferidos das esferas políticas ao Judiciário.

Após a promulgação da Constituição de 1988, que positivou os direitos fundamentais e atribuiu ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Supremo Tribunal Federal, a função de intérprete do controle de constitucionalidade, as pessoas de direito começaram a cobrar do Judiciário a proteção social estabelecida na Carta Magna. A adaptação do direito brasileiro à existência de um Poder Judiciário independente capacita esse a exercer um papel ativo de interpretação do texto constitucional. Portanto, um Judiciário independente pode trazer mais defesa da cidadania e da democratização social, além de intervir frente aos avanços políticos, sociais e à globalização (SIERRA, 2011).

O exercício de controle de constitucionalidade por um Poder Judiciário ativo e independente gera conflito entre os atores políticos. De um lado detentores do poder de legislar criticam a atuação política do Judiciário por se tratar de uma interferência no Poder Legislativo, do outro lado há atores políticos que apoiam tal interferência de poder. Ora, quando os políticos eleitos não conseguem implementar seus ideais no âmbito legislativo, por muitas vezes, serem minorias políticas, eles devem apoiar o ativo controle de constitucionalidade de um Judiciário inclinado a concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Dessa forma, vê-se que a expansão de poder do Judiciário amplia o debate público sobre questões morais e políticas na sociedade, que antes, muitas vezes, estavam limitados a discussões dentro do Congresso Nacional.

Para Engelmann (2017) o fenômeno da judicialização da política aparece com o crescimento da importância do Poder Judiciário no sistema político, o Judiciário

surge como um poder contramajoritário capaz de desconstruir decisões de governo e influenciar na promoção de políticas públicas. Na base do processo de judicialização estão os mecanismos institucionais, como o controle de constitucionalidade, que concede ao Supremo Tribunal Federal o direito terminativo de “adequar as regras” de decisões governamentais, de atos legislativos e do jogo político-eleitoral.

O controle de constitucionalidade tem um de seus amparos na Lei 9.868/1999. Essa lei permite que o Supremo Tribunal Federal adeque os textos normativos conforme a Constituição Federal, ou declare-os inconstitucionais, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADINs. Essas podem ser propostas por um rol taxativo de sujeitos ativos, como por exemplo o Presidente da República ou um partido político com representação no Congresso Nacional.

Dessa forma a judicialização da política tem seu ponto mais benéfico nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que são utilizadas principalmente por minorias políticas e partidárias para questionar judicialmente ações do Legislativo, potencializando o poder do Judiciário no papel de mediador no âmbito político. Desse modo, a judicialização da política é vista como a capacidade Poder Judiciário de tutelar os direitos das minorias sociais representadas por partidos políticos, agindo como um potencializador da cidadania e dos direitos sociais, para que haja um espaço legítimo para mediar demandas daqueles que não encontram respaldo no Poder Legislativo e no Poder Executivo (ENGELMANN, 2017).

Nessa realidade política brasileira ocorreu a postulação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26. Para Costa, Carvalho e Farias (2017) a legitimação dos agentes a postular à Corte a efetivação de direitos fundamentais que sofreram omissões inconstitucionais dos poderes instituídos na regulamentação de seu exercício é chamada de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Como já exposto acima, a ADO n. 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS em 2013, requer que o Supremo Tribunal declare a omissão do Congresso Nacional em não aprovar projeto de lei que busque criminalizar a homofobia e a transfobia, equiparando-as ao crime de racismo previsto na lei 7716/89 (BALESTRO; BAHIA, 2018).

Seis anos depois da proposição da ação que visa o controle de constitucionalidade, em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Celso de Mello, decidiu que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero seria criminalizada no país, confirmando a inconstitucionalidade do Congresso Nacional em não legislar para a proteção de direitos da comunidade LGBT, equiparando a homotransfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7716/89 (BARIFOUSE, 2019).

Portanto, vive-se um momento histórico para o movimento LGBT que por décadas lutou contra um Poder Legislativo Federal que insistia em negar a existência desse grupo minoritário. Com respaldo na judicialização da política do Supremo Tribunal Federal e no controle de constitucionalidade delimitado a esse, a omissão do Congresso Nacional em não legislar pelas minorias sexuais foi finalmente vista como inconstitucionalidade. De agora em diante os diversos atos resultados da discriminação contra orientação sexual e identidade de gênero serão criminalizados.

Para o Ministro relator há uma “evidente inércia e omissão” do Congresso em não legislar sobre o assunto. Para o Ministro Alexandre Moraes da Rosa o Congresso sempre ofereceu proteção penal aos grupos vulneráveis, porém com as minorias sexuais o Congresso não seguiu esse padrão, não oferecendo segurança a esse grupo. Já para o Ministro Barroso o STF é completamente legítimo em atuar a favor da Constituição quando o Congresso Nacional se omite para tanto. A Ministra Cármen Lúcia afirma haver um “déficit legislativo inaceitável”, para ela a identidade de um indivíduo não pode ser usada como pretexto de desigualdade de direitos (BARIFOUSE, 2019). Vemos, portanto, uma Corte mais simpática e segura em efetivar os direitos de minorias e em promover as seguranças jurídicas que a Constituição proporciona.

“A travesti Dandara, de 42 anos, foi espancada, torturada, apedrejada e morta a tiros por cinco homens em 15 de fevereiro, no bairro Bom Jardim, em Fortaleza (CE)” (GRUPO GAY DA BAHIA, 2017, p. 5). Ao longo da história milhares de pessoas como Dandara morreram brutalmente assassinadas por apenas serem e existirem. Como visto, a inércia legislativa de garantir a cidadania plena da comunidade LGBT auxiliou, ao longo dos anos, para o aumento da violência contra as minorias sexuais. A decisão por criminalizar a homofobia e a transfobia, equiparando-as ao crime de racismo, é um momento a ser comemorado, aqui se inicia o ato de justiça, mesmo que simbólico, pela travesti Dandara.

6. CONCLUSÃO

Este estudo teve o intuito de causar uma breve reflexão sobre a forma como a comunidade LGBT foi discriminada ao longo das últimas décadas no Brasil. Ora, tratar a orientação sexual e a identidade de gênero como patologia é negar a existência daqueles indivíduos considerados fora do padrão socialmente estabelecido. Além do mais, deixar de efetivar os direitos de um grupo de pessoas pois suas identidades de gênero e orientações sexuais atentam contra os costumes conservadores é no mínimo perturbador. Como visto esse grupo de pessoas reivindica historicamente por seus direitos em meio a opressões. Dessa forma, é em meio a um país que banaliza a discriminação e o preconceito que as minorias sexuais conquistam seu espaço para pleitear por sua cidadania e para contestar as violações de seus direitos.

Vê-se no Brasil a necessidade de proteção especial a todos os grupos minoritários, ou seja, cada minoria carece de leis específicas para efetivar e assegurar seus direitos, para, assim, diminuir a discriminação e a vulnerabilidade social. Nesse sentido, a indiferença do legislador federal, em um sistema democrático, em não criar um marco legal para um determinado grupo minoritário nega direitos fundamentais à própria população que o elegeu. Dessa forma, a promoção de direitos das minorias sexuais traz vantagens não apenas para o Estado Democrático de Direito, mas também para toda a sociedade, que se torna mais consciente da existência e das reivindicações de grupos minoritários.

A Constituição Federal prevê que o Estado deve promover a não-discriminação, devendo assegurar o bem de todos. Mas como diminuir a discriminação em um país onde o Legislativo não cumpre com a Constituição Federal? Como diminuir a violência contra minorias em um país onde o Congresso Nacional as discrimina? Certo é que na ausência de um Legislativo coerente, um Judiciário ativo e simpático

em seguir os princípios e normas da Constituição Federal serve como sustentáculo para promover a cidadania de minorias.

Em vista disso, o Brasil vem cumprindo, mesmo que minimamente, em esfera federal, com seu dever de proteger os direitos constitucionais da comunidade LGBT por meio da judicialização da política, visto que o Legislativo se nega a assegurar direitos, a proteger vidas e a criminalizar condutas que ferem a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a judicialização da política é o alicerce para que na ausência de leis, direitos sejam garantidos. Esse fenômeno se mostra cada vez mais imperioso na sociedade brasileira, sendo dever do Judiciário fazer o controle de constitucionalidade sempre que necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BALESTRO, Gabriel Soares; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes. Minorias sexuais e homofobia no direito brasileiro: breves delineamentos constitucionais. *Revista Videre*, Dourados, 2018. Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/11286/1/ARTIGO_MinoriasSexuaisHomofobia.pdf. Acesso em: 9 jul. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. *BBC News*. São Paulo, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. *Dossiê: assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018*. Brasil, 2018. Disponível em: <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BRASIL. LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973. *Dispõe sobre o Estatuto do Índio*, Brasília, DF, dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BRASIL. LEI No 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Brasília, DF, nov. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BRASIL. LEI No 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*, Brasília, DF, out 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BRASIL. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher*, Brasília, DF, ag. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 29 de julho de 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015. *Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*, Brasília, DF, jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 29 de julho de 2019.

CARNEIRO, Ailton José dos Santos. A morte da clínica: movimento homossexual e luta pela despatologização da homossexualidade no Brasil (1978-1990). In: XXVIII SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 2015, Florianópolis. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: UFSC, 2015. Disponível em: http://snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1439866235_ARQUIVO_Artigo-Amortedaclinica.pdf. Acesso em: 29 de julho de 2019.

COSTA, Alexandre Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS, Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. *Ver. Direito GV*. São Paulo, p-155-197, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000100155&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 de julho de 2019.

D'ELIA, Mirella. Supremo reconhece união civil entre homossexuais. *Veja*. São Paulo, 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/supremo-reconhece-uniao-civil-entre-homossexuais/>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

DISQUE 100 registra quase três mil violações contra a população LGBT. *Ministério da Mulher, da família e dos direitos humanos*, 2019. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2019/junho/disque-100-registra-quase-tres-mil-violacoes-contra-a-populacao-lgbt>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

ENGELMANN, Fabiano. Judicialização da política e democracia. *Revista Universitária*. Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/165168/001027030.pdf?sequence=1>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

FACCHINI, Regina. Movimento Homossexual no Brasil: Reconstituindo um Histórico. In *Cadernos AEL HOMOSSEXUALIDADE, Sociedade, Movimento e Lutas*. Campinas, 2003. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2510>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

FACCHINI, Regina. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sex., Salud Soc*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/41/467>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O ódio atrás das grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sex., Salud Soc*. (Rio J.), Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S19844872012000600003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 de julho de 2019.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2017*. Salvador, 2017. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

HASSE, Franciane; SPERANDIO, Marilin Soares. O HOLOCAUSTO E A TOLERÂNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DE ARENDT, RAWLS E WALZER. *REVISTA JURÍDICA DIREITO & PAZ*. Lorena, 2016. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/392>. Acessado em: 15 de setembro de 2019.

MORETTI-PIRES, Rodrigo Otávio; TESSER JUNIOR, Zeno Carlos; KOVALESKI, Douglas Francisco. Homofobia e os socialistas brasileiros em “O Lampião da Esquina” (1978-1981). In *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000300208&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 de julho de 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Texto para discussão*. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/td_1741.pdf. Acesso em: 29 de julho de 2019.

KUMPERA, Julia Aleksandra Martucci. Resistências lésbicas à ditadura militar no Brasil: imprensa, ativismo e a redemocratização. In: XXIV Encontro Estadual, 2018, Guarulhos. *Anais eletrônicos...* Guarulhos: UNESP, 2018. Disponível em: https://www.encontro2018.sp.anpuh.org/resources/anais/8/1531864276_ARQUIVO_ARTIGO-ANPUH_JULIAKUMPERA.pdf. Acesso em: 29 de julho de 2019.

MATZNER, Andrew. Stonewall Riots. *Glbqt Encyclopedia*. Roanoke, 2015. Disponível em: http://glbtqarchive.com/ssh/stonewall_riots_S.pdf. Acesso em: 29 de julho de 2019.

OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. *Nações Unidas Brasil*, [S.l.], 06 de junho de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-retira-a-transexualidade-da-lista-de-doencas-mentais/>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 12, p. 3841-3848, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017021203841&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 29 de julho de 2019.

PLENÁRIO recusa emenda contra discriminação a homossexual. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 29 de janeiro de 1988.

SANTOS, Silvana Mara Morais. *O pensamento da esquerda e a política de identidade: as particularidades da luta pela liberdade de orientação sexual*. Tese (Tese em serviço social) – UFPE. Pernambuco, 2005.

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. *Rev. katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802011000200013&lang=pt. Acesso em: 29 de julho de 2019.

TRANSEXUALIDADE não é transtorno mental, oficializa OMS. *Conselho Federal de Psicologia*, Brasília, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transsexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em: 29 de julho de 2019.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso*. São Paulo: Objetiva, 2002.