

## CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: CRISE REPRESENTATIVA, ATIVISMO JUDICIAL, OU GARANTIA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL?

Luiz Augusto Ruffo (PIC/UEM), Isadora Vier Machado (Orientadora), e-mail:  
luizaugusto1919@gmail.com.

Universidade Estadual de Maringá / Centro de Ciências Sociais  
Aplicadas/Maringá, PR.

### Direito Constitucional e Direitos Especiais

**Palavras-chave:** ativismo judicial; direitos LGBTQ+; Supremo Tribunal Federal.

**Resumo:** A presente pesquisa, valendo-se do método de investigação bibliográfica, notadamente a partir dos referenciais da teoria *queer* e do constitucionalismo contemporâneo, busca apresentar como a ADO 26 cooperou para efervescer a narrativa de um suposto ativismo judicial prejudicial à democracia, cometido pelo STF. Para tanto, fazemos considerações sobre o processo de politização da identidade coletiva dos sujeitos LGBTQ+ para, posteriormente, expormos sobre a ADO 26, o contexto de judicialização da política sob o paradigma do constitucionalismo e, por fim, explicitarmos o campo nebuloso em que o conceito de ativismo judicial ingressa na discussão doutrinária nacional, constatando que não houve, no caso da ADO 26, uma arbitrariedade do STF e uma usurpação da competência legislativa penal ao criminalizar a homotransfobia.

### Introdução

Esta pesquisa parte das narrativas que atribuem ao Supremo Tribunal Federal (STF) o cometimento de um ativismo judicial diante da criminalização da homotransfobia no Brasil, dada partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) do STF, julgada em 2019. Antes de propriamente realizar uma análise sobre o que é o ativismo judicial e como este fenômeno se manifesta nas decisões judiciais, compreende-se que é imprescindível contextualizar o processo de construção da identidade e da politização dos sujeitos LGBTQ+, especificamente dos/as ativistas LGBTQ+, para que, a partir disso, seja possível delinear perspectivas consistentes e atuais sobre o porquê da insurgência de tais reações contra as decisões do STF, bem como verificar até que ponto tais reações possuem fundamento jurídico ou são meramente manifestações sócio-políticas de um contexto de disputa conceitual e ideológica.

### Metodologia

Nesta pesquisa é utilizado o método de investigação bibliográfica, ou seja, foi realizada a partir da leitura de obras, artigos e entre outras produções escritas concernentes à delimitação do tema, qual seja o ativismo judicial no STF e sua relação com a tutela da população LGBT a partir da ADO 26. Buscando desenvolver um estudo interdisciplinar, para além de autores da área jurídica, como Luís Roberto Barroso e Loiane Prado Verbicaro, buscamos utilizar autores da antropologia, como Edward Macrae, João Silvério Trevisan e Regina Facchini.

Desta forma, no primeiro momento desta pesquisa, buscamos promover uma “desnaturalização dos sujeitos políticos” que compõem o movimento LGBT+, posto que, conforme considerações de Facchini (2009). Na segunda parte deste estudo, a qual se firma sobre os aspectos jurídicos e discursivos envolvendo a problemática do suposto ativismo judicial praticado pelo STF, partimos do ativismo LGBT+ que se deu no ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), julgada em julho de 2019, para depois ser realizada uma análise do fenômeno do ativismo judicial que insurge enquanto modo de crítica à atuação do STF.

## Desenvolvimento

Verificamos que, no âmbito nacional, as primeiras mobilizações de uma identidade coletiva e politizada em prol dos Direitos LGBT+ começou a tomar forma a partir do final da década de 70, 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 verdade sobre as sexualidades. Principalmente 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+ começaram a obter uma organização mais formal e institucional, principalmente aderindo ao modelo de Organização Não-governamental (ONG), obtendo financiamentos de órgãos internacionais e, posteriormente, de órgãos governamentais para realização de Encontros Nacionais (FACCHINI, 2002, 2012; MACRAE, 2018; TREVISAN, 2018). A partir deste contexto, os sujeitos LGBT+ conseguem agregar potência política, agrupando expressamente em seu seio as mais variadas identidades. Nos anos 2000, a causa LGBT+ adquiriu relevante espaço de participação e discussão, principalmente durante os governos do Partido dos Trabalhadores (PT), a partir das Conferências Nacionais LGBT+ e da criação de Conselhos e Secretarias de Direitos Humanos. Ademais, ouve um processo “profissionalização” do ativismo LGBT+, pois ao estabelecer uma governabilidade de participação entre membros da sociedade civil e do governo durante os anos 2000, grupos e instituições LGBT+ conseguiram adquirir a *expertise* necessária sobre a máquina pública para poder estabelecer estratégias práticas de ação no âmbito do 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).

Como resultado deste contexto, ocorreu o ajuizamento da ADO 26, julgada em julho de 2019. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) trata-se de uma forma de controle constitucional concentrado que busca dar força e vigor abstrato às próprias normas enunciadas pela Constituição Federal (CF, 1988), 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 quanto ao mandado de incriminação referidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF para efeito de proteção penal do grupo LGBT+, utilizando-se da interpretação conforme a CF do mandado constitucional de incriminação para enquadrar a homotransfobia, em quaisquer de suas manifestações, nos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional. Desta forma, ficou compreendido, que a homotransfobia qualifica-se como espécie do gênero racismo social.

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 prática 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 na prática inquestionável de um ativismo judicial 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. Entretanto, verifica-se que o ativismo judicial pode ser considerado, segundo alguns teóricos, um resultado mais profundo da Judicialização da Política, sendo esta última uma circunstância inerente ao modelo de Estado Constitucional de Direito, no qual questões políticas deliberadas no Legislativo ou Executivo podem ser revisadas ou confirmadas pelo Judiciário através do instituto do Controle de Constitucionalidade. Já o ativismo judicial ocorre quando o Judiciário expande o sentido e alcance da interpretação constitucional em razão de um “descolamento entre a classe política e a sociedade civil” – resultado, para alguns, de uma crise política ou democrática. Esta situação de deslocamento entre os atores sociais resulta da deficiência político-partidária, decorrente da frágil consciência política da população e de uma política clientelista, que torna o cumprimento de prestações essenciais pelo Estado uma tentativa inócua, restando ao Poder Judiciário atuar de forma proativa a partir de sua discricionariedade e função contramajoritária (BARROSO, 2012; VERBICARO, 2019).

## (In)conclusões

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 trata-se de tal fenômeno, posto que houve a aplicação da técnica de controle de constitucionalidade de interpretação conforme à constituição (SARLET, 2018) dos 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 nº 82.4, 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 homotransfóbica. 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, já que não foi criada nova Lei pelo judiciário e nem mesmo suprimida a competência privada do Congresso Nacional em elaborar norma autônoma de combate à homotransfobia (VECCHIATTI, 2020).

## Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. (Syn)thesis, Rio de Janeiro, n. 1, v. 5, p. 23-32. 2012.
- 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.
- \_\_\_\_\_. **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. 2012.
- \_\_\_\_\_. CARMO, Íris Nery do; LIMA, Stephanie Pereira. Movimentos feminista, negro e LGBTI no Brasil: sujeitos, teias e enquadramentos. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 41, 2020.
- MACRAE, Edward. **A construção da igualdade- política e identidade homossexual no Brasil da “abertura”**. Salvador: EDUFBA, 2018.
- SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero**. 7 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- 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.

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

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