

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
JONATHAN ESTEVAM DA SILVA MARTINS

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIAS DEMOCRÁTICAS:
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE MINORIAS SEXUAIS**

São Paulo
2019

JONATHAN ESTEVAM DA SILVA MARTINS

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIAS DEMOCRÁTICAS:
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE MINORIAS SEXUAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adilson José Moreira

São Paulo

2019

JONATHAN ESTEVAM DA SILVA MARTINS

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E TEORIAS DEMOCRÁTICAS:
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DE MINORIAS SEXUAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Adilson José Moreira
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Flávio de Leão Bastos Pereira
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Paulo Roberto Iotti Vecchiatti
Universidade Santa Cecília

São Paulo
2019

Dedico este trabalho à todas vozes do movimento LGBT que foram silenciadas nos poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e na sociedade, à todos os que lutaram e lutam em nome das minorias sexuais e principalmente à todos os que morreram em função da discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

AGRADECIMENTOS

A presente monografia encerra um ciclo árduo na minha formação acadêmica e também em minha vida. Concomitantemente abre as portas para novas lutas, desafios e sonhos. No fim deste processo, compreendi a responsabilidade que devo assumir diante de um país marcado pela desigualdade social, pelo racismo, pela homofobia e pelo preconceito, no entanto, há brisas de esperança ao percebermos vozes que não se resignaram. Diante disso, teço meus humildes e sinceros agradecimentos.

À minha família, por sempre estar presente. Aos meus pais, Edilene e José, pela formação pessoal e pelo grande exemplo de seres humanos. Ao meu irmão, Fabrício, pelo companheirismo, pelo seu carinho de sempre e por quem nutro grande admiração.

À minha namorada, Jaqueline Galdino, por ter me dado força nos momentos mais difíceis desta monografia, pelo apoio, contribuição e principalmente por ser uma grande inspiração.

Aos meus amigos que fizeram parte da minha formação em diferentes momentos de minha vida.

A Adilson José Moreira, meu orientador, uma das pessoas mais brilhantes com quem tive a imensa gratidão em trabalhar e principalmente aprender.

A todos os meus professores do ensino fundamental, do ensino médio, da graduação na Universidade Federal Fluminense e da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Destaco, Sandra Maria Pastro, professora de língua portuguesa no ensino médio que me marcou profundamente e aumentou minha paixão pelos estudos.

A todos os meus colegas de trabalho do Tribunal de Justiça de São Paulo que me motivaram e que contribuíram de várias formas para que a monografia pudesse ser entregue.

“The most important thing I have to say is that they should try to build coalitions of people for the elimination of all injustice. Because if we want to do away with the injustice to gays it will not be done because we get rid of the injustice to gays. It will be done because we are forwarding the effort for the elimination of injustice for all.”

Bayard Rustin - *“Brother to Brother,”*
entrevista com Joseph Beam, 1986.

RESUMO

Os movimentos sociais em especial as minorias sexuais, paralelamente ao fenômeno da judicialização da política, passaram a buscar o Poder Judiciário para concretização e defesa de seus direitos ante a falta de representatividade na esfera política e consequente limitação na promoção de suas pautas. O STF, principalmente após a Constituição Federal de 1988, tornou-se o principal – e por vezes, único - canal para o denominado litígio estratégico dos grupos marginalizados. Nesse cenário complexo, a função contramajoritária supostamente exercida pela Suprema Corte enfrenta inúmeros problemas formais, processuais e extrajurídicos que colocam em xeque tal atribuição e sua própria legitimidade ao se constatar as restrições à participação social a impermeabilidade do órgão, a seletividade no acesso à Corte, a ausência de diálogo com a população.

PALAVRAS CHAVE: CONSTITUCIONAL. MINORIAS SEXUAIS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

ABSTRACT

Social movements, especially sexual minorities, concomitantly to the larger process of judicialization of politics, resorted to the judicial system in order to obtain legal protection because of the obstacles they face in securing their rights in the political process. The Brazilian Supreme Court, especially after the Federal Constitution of 1988, became the main - and sometimes the only - channel for the so-called strategic litigation of marginalized groups. In this complex scenario, its claimed contramajoritarian function faces considerable difficulty because of formal, procedural and extralegal problems that challenge its legitimacy to exercise this role, especially when we consider restrictions to social participation, procedural selectivity, and the absence of dialogue with the population.

KEY WORDS: CONSTITUTIONAL. SEXUAL MINORITIES. SUPREME COURT.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 - Processos distribuídos por ano	49
Gráfico 2 - Perfil dos demandantes	50
Gráfico 3 - Entidades Corporativas: por governo, percentual	51
Gráfico 4 - Direitos fundamentais: julgamento por governo	52
Gráfico 5 - Direitos fundamentais/temas	52
Gráfico 6 - ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por autoria (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)	86

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009) (requerido: Legislativo Federal)	83
Tabela 2 - ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009) (requerido: Legislativo Federal)	84
Tabela 3 - Atividade legislativa do Congresso Nacional anterior à decisão do STF: médias (1988- data da decisão)	84
Tabela 4 - Atividade legislativa do Congresso Nacional posterior à decisão do STF: médias (data da decisão - 2009)	85
Tabela 5 - Tempo de resposta: projetos imediatamente posteriores às decisões do STF (1988-2009)	85

LISTA DE ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CF	Constituição Federal
LGBT	Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis e Transgêneros
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGR	Procurador Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O MOVIMENTO LGBT E DEFINIÇÕES PRELIMINARES.....	25
2.1 A SOCIEDADE CIVIL	25
2.2 MINORIAS	27
2.4 O MOVIMENTO LGBT COMO MOVIMENTO SOCIAL BASEADO EM IDENTIDADE: A PERSPECTIVA DE ESKRIDGE.	31
2.5 HISTÓRIA DO MOVIMENTO LGBT NO BRASIL	37
2.6 A CIDADANIA SEXUAL: O ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO	40
3 O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELAS MINORIAS.....	46
3.1 ORIGENS DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE ...	57
3.2 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	58
3.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SOCIEDADE CIVIL.....	61
3.4 O STF E A RELAÇÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E MINORIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	63
3.5 ACESSO AO CONTROLE ABSTRATO.....	66
3.6 ACESSO AO CONTROLE CONCRETO	72
3.7 OBSTÁCULOS EXTRAPROCESSUAIS	74
3.8 <i>AMICUS CURIAE</i> E AUDIÊNCIA PÚBLICA.....	74
4 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DO STF.....	78
4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	80
4.2 A LEGITIMIDADE DO STF	87
4.3 JÜRGEN HABERMAS.....	88
4.4 NANCY FRASER.....	94
4.5 PETER HÄBERLE	96
5 ANÁLISE DE CASOS	100

5.1 ADI Nº 3299: A EXCESSIVA RIGIDEZ PROCESSUAL	100
5.2 ADI Nº 3300: O RELATOR	101
5.3 ADPF Nº 132 E ADI Nº 4277: <i>AMICUS CURIAE</i>	103
5.4 ADI Nº 4275: O PROLONGADO ANDAMENTO PROCESSUAL	107
6 CONCLUSÃO	110
REFERÊNCIAS	115

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um espelho de intenso processo histórico, cultural, social, econômico e político que congregou um amálgama de interesses conflitantes¹. Dada a multiplicidade de temas tratados pela Constituição de 1988, um dos assuntos de maior destaque, no qual os constituintes empenharam grande parte dos esforços, foi a inclusão de extenso rol de direitos fundamentais com o desígnio de salvaguardar os indivíduos de qualquer abuso e principalmente em relação as minorias². Foi-se além, pois não bastaria a mera menção no texto constitucional dos direitos, era preciso instrumentos úteis à concretização dos mesmos e mecanismos de acesso ao judiciário à população, principalmente a mais vulnerável, e desta forma, a Constituição é permeada por dispositivos que visam a efetividade³. Exemplo solar deste intento, o art. 5º, CF trouxe em seu teor alguns direitos⁴, tais sejam: direito de petição aos

¹ Barroso e Osório descrevem este processo da seguinte forma: “No Brasil, a Constituição de 1988 simbolizou a travessia da ditadura para a democracia e, em uma saudável euforia de recuperação das liberdades públicas, o processo constituinte contou com ampla e intensa participação popular. O documento que resultou desse processo é analítico (muitas vezes, prolixo mesmo) e ambicioso. Trata-se de um texto extenso – somente as Constituições da Índia e da Nigéria contêm mais palavras que a nossa –, e abrangente – há normas constitucionais que definem políticas públicas e regulam, em maior ou menor detalhamento, diversos ramos do direito (...)” BARROSO, Luis Roberto e OSÓRIO, Aline. **Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo constitucional**. p.3. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/democracia-crise-politica-e-jurisdiacao-constitucional-o-protagonismo-da-suprema-corte-do-brasil>. Acesso em: 27/09/19.

² A definição de minorias está em capítulo próprio neste trabalho (ver: 2 O movimento e definições preliminares acerca de minorias e da sociedade civil, subcapítulo 2.2 minorias)

³ “Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição” BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 260.

⁴ Os incisos destacados no texto foram os seguintes: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; [...] LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; [...] LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

Poderes Públicos (art. 5º, XXXIV, CF), o acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), o habeas corpus (art. 5º, LXVIII, CF), o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF), o habeas data (art. 5º, LXXII, CF) e a ação popular (art. 5º, LXXIII, CF). Em suma, os cidadãos individualmente teriam instrumentos hábeis para defender os direitos que foram constitucionalizados através do Poder Judiciário, mas então, quais instrumentos disponíveis aos grupos vulneráveis (minorias) formados por mais de um indivíduo (coletividade)? Para responder tal questão e antes de analisar os eventuais instrumentos jurídicos, devemos investigar se há instrumentos políticos acessíveis a tais grupos, ou seja, devemos entender se o sistema democrático semidireto adotado pelo Brasil disporia de outros mecanismos para defesa das minorias.

Desta forma, no Brasil, o regime político brasileiro instituído pela Constituição de 1988 é fundado no *princípio democrático*. Em suma, a democracia brasileira, além de ser um regime que visa a realização e proteção dos direitos fundamentais do homem, requer a participação ampla do povo pelos mecanismos existentes como a atuação partidária livre e por meio dos institutos da democracia direta. A Constituição de 1988 combina a representação e a participação direta, tendendo para democracia participativa, o que denomina a democracia semidireta. Na democracia representativa a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais e as eleições seriam o instrumento que daria legitimidade ao governo. Já o princípio participativo se caracterizaria pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo expressos no Brasil pela: (a) projeto de lei de iniciativa popular; (b) referendo popular; (c) plebiscito e (d) ação popular e por outras formas como disposto nos arts. 10; 11; 31,§3º; 37, §3º; 74, §2º; 194, VII; 206, VI e 216, §1º, CF⁵. A

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; [...] LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 julho 2019.

⁵ “Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei [...] § 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos

esse modelo a Constituição incorpora princípios da justiça social e do pluralismo o que revela uma democracia social, participativa e pluralista⁶. Todavia, Beçak em sua obra destaca a ineficiência dos mecanismos de participação direta adotados no Brasil⁷, ademais, citando José Afonso da Silva revela que mesmo com a utilização de instrumentos diretos nos quais se procederia à auscultação popular, ainda assim, a participação não se faz diretamente, mas pelo voto⁸ o que revela a superficialidade da participação direta e sua pouca influência, de modo que, se participação direta poderia ser uma opção de atuação dos grupos minoritários para criação de leis de proteção e promoção de direitos, ela deixa de sê-lo pelas limitações de seu sistema.

Concluimos que o sistema político através da participação direta - projeto de lei de iniciativa popular; referendo popular; plebiscito e ação popular - oferecem proteção restrita a grupos vulneráveis uma possibilidade de participação efetiva na promoção de suas pautas. Apesar disso, poderíamos supor que embora a democracia brasileira seja regida pelo princípio da maioria através da representação com alguma participação direta, a Constituição asseguraria

termos da lei; Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública; Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União; Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:[...] VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm> Acesso em: 10 julho 2019.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª edição. ed. Malheiros: São Paulo, 2016. p. 127-146.

⁷ Cf. BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 39 , onde explicita tal situação: “Nesses anos todos desde o advento da nova Carta, a utilização dos “novos” mecanismos de auscultação popular apenas se fez uma vez, nacionalmente, no conhecido caso do “referendo das armas”. Em outro trecho, acrescenta: “Quanto à “iniciativa popular”, as expectativas geradas pelo seu viés inovativo em face da nossa tradição constitucional acabaram por se frustrarem, sobretudo por revelar-se instrumento meramente formal.”

⁸ BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014, fls. 42

que decisões tomadas pela maioria não violem os direitos das minorias. Em tese, o sistema funcionaria perfeitamente com esses pressupostos, ocorre que desde a promulgação da Constituição há uma crise de efetivação dos direitos fundamentais nas instâncias majoritárias, vez que o Legislativo é dominado por maiorias conservadoras e o Executivo vê-se influenciado pelo presidencialismo de coalizão⁹. Tais fatos, fizeram com que as minorias – como única e última opção - recorressem a jurisdição constitucional, especificamente na modalidade do controle abstrato/concentrado, para assegurar os seus direitos. Aqui percebemos que superado a discussão sobre os instrumentos políticos que são insuficientes ao tema, é necessário discutir as ferramentas jurídicas.

A jurisdição constitucional brasileira pós-1988, em que pese ser um modelo misto de controle de constitucionalidade, teve uma alteração significativa em seu sistema. Conferiu-se maior protagonismo e força ao controle concentrado ao ampliar o rol de seus legitimados (art. 103, CF)¹⁰ o que restringiu a amplitude do controle difuso. Destaca-se que a possibilidade de propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretizaria a ideia de defesa das minorias¹¹. A atuação da jurisdição constitucional na defesa e proteção de minorias é reforçada por Kelsen, o qual destaca que se a jurisdição constitucional assegura um processo esmerado de elaboração legislativa, então ela desempenharia uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria. A própria exigência de quórum qualificado para mudança da Constituição traduziria que questões fundamentais deveriam ser decididas com a participação da minoria. Por sua vez, a maioria simples não teria o direito de impor sua vontade – em algumas questões – à minoria. Caso houvesse aprovação de lei inconstitucional que afetasse interesses constitucionalmente protegidos da minoria, estas

⁹ CORBO, Wallace. **As minorias e o STF**. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/as-minorias-o-stf-13568581>. Acesso em: 12 de maio de 2019. “As minorias marginalizadas descobriram no Judiciário uma via possível de efetivação de seus direitos. Essa busca por proteção em sede judicial decorre do que se pode entender como uma crise dos direitos fundamentais nas instâncias majoritárias — o contexto brasileiro é atualmente marcado por um Legislativo engessado pela influência de grupos fundados sobre um discurso moral intransigente, ao passo que o Executivo, jogando o jogo do presidencialismo de coalizão brasileiro, evita posicionar-se em relação aos direitos fundamentais de minorias sexuais, raciais e de gênero.”

¹⁰ O art. 103 da Constituição Federal de 1988 estabelece: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (...)” **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 10 julho 2019

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112-115.

teriam evidente interesse na constitucionalidade da lei. Em suma, a simples possibilidade de impugnação de normas perante a Corte Constitucional parece figurar como instrumento adequado de preservação dos interesses das minorias, evitando uma ditadura da maioria.¹² Todavia, a existência de obstáculos ao acesso das minorias ao STF em seu papel de Corte Constitucional¹³, conforme veremos, torna questionável a atual importância dada do STF na defesa das minorias.

O Supremo Tribunal Federal, nesta perspectiva, desde a promulgação da Constituição Cidadã assumiu o protagonismo na realidade política-jurídica seja por fatores externos ou internos (como o desenho institucional da política brasileira, a dilatação de seus poderes no controle de constitucionalidade e a competência recursal, conforme veremos no decorrer do estudo). Um dos resultados ou vetores deste processo contínuo pode ser notado na chamada *judicialização da política*¹⁴, fenômeno atribuído a atuação do Poder Judiciário em questões que tradicionalmente deveriam ser solucionadas na esfera política, ou seja, o Poder Judiciário passou a atuar na função de legislador negativo e isso se deve aos seguintes fatores: (i) reconhecimento do Judiciário forte e independente, como elemento essencial às democracias modernas; (ii) desilusão com a política majoritária e (iii) atores políticos que recorrem ao judiciário em temas com desacordo moral razoável¹⁵. Esse deslocamento de função tem sido alvo de intensas críticas, principalmente pela separação dos poderes e a ausência de legitimidade democrática o que torna visível a chamada *dificuldade contramajoritária*.¹⁶ Ressalta-se que tal fenômeno não é exclusividade do Brasil, mas existente em sociedades pluralistas como um todo.

¹² KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**, VVDStRL 5, 1928, p-80-1; Cf também tradução italiana de Carmelo Geraci, *La Garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *La giustizia costituzionale*, Milão, 1980, p. 144 (201-203).

¹³ Para entender o papel do STF como Corte Constitucional, ver VELLOSO, Carlos. **O supremo tribunal federal, Corte Constitucional**. Revista de Direito Administrativo, v. 192, p. 1-28, 1993.

¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 260. “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.”

¹⁵ *Ibidem*, p. 445.

¹⁶ *Ibidem*, p. 449, apud BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986, p. 16-23: “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (judicial review) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial”

Independentemente dos fatores que levaram a *judicialização da política* e concebendo que esse processo é irreversível, ao menos, no atual momento. As minorias e os movimentos sociais passaram a se utilizar das ações de controle de constitucionalidade concentrado como alternativa, para defesa de seus direitos, o que veio a ser denominado como *litígio estratégico*¹⁷ que por consequência influiu a própria *judicialização da política*.

Pode-se mencionar, como exemplo deste processo¹⁸, alguns casos envolvendo direitos LGBT no STF: a união homoafetiva na ADPF nº 132 e ADI nº 4277; a pederastia na ADPF nº 291; o direito das pessoas trans na ADI nº 4275; a doação de sangue na ADI nº 5543; a criminalização da homofobia na ADO nº 26. Destaca-se neste ponto e que será abordado posteriormente que por tratarmos de minorias e movimentos sociais com conceitos amplos e que envolvem vários grupos, o presente trabalho acadêmico adotará o movimento LGBT como parâmetro de pesquisa por evidente limitação prática em se englobar todos os grupos.

O Supremo Tribunal Federal, diante do quadro exposto, utilizou-se justamente da possibilidade deste acesso, participação e defesa das minorias e movimentos sociais na jurisdição constitucional para justificar e legitimar sua atuação proeminente numa tentativa, também, de conter as críticas contra a expansão da intervenção judicial na política. Tanto é verdade que, frequentemente, ministros do STF se manifestam na mídia destacando tais argumentos¹⁹. Ademais, sendo insuficiente a legitimidade democrática formal “remota e

¹⁷ Neste sentido, “o recurso ao Judiciário por parte de movimentos sociais se relaciona com a noção de litígio estratégico, que visa a retratar justamente o recurso ao Direito e aos tribunais com o objetivo consciente de promoção de mudanças sociais; significa dizer que casos e demandas “são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas” CARDINALI, Daniel Carvalho. **(Im) possibilidades de Acesso à jurisdição do STF por Movimentos Sociais: Alguns fatores de limitação.** Revista Publicum, v. 4, n. 1, p. 126-177, 2018. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.31958>, apud CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. Op. Cit., p. 24.

¹⁸ Alguns dos casos expostos são demandas de particulares que foram levadas ao STF o que em uma primeira análise não faz parte da noção de litígio estratégico mencionada no trabalho, mas entendemos que o conceito deve ser expandido para englobar ações com natureza em casos particulares e concretos, mas que por sua relevância sofreram com a adesão do movimento LGBT que verificou a possibilidade de ampliar a importância de determinada demanda como ocorreu no caso da ADPF nº 132.

¹⁹ Existem diversas entrevistas recentes que corroboram esse posicionamento, dentre as quais destaco: (1) O ministro Ricardo Lewandowski em entrevista, afirmou que: “O presidente do Supremo Tribunal Federal não pode atuar, exercer seu mister, sem dialogar com aqueles que o cercam. Essa é a democracia participativa”. Defendeu também um maior uso de instrumentos de participação social nas discussões levadas ao tribunal como forma de democratizar as atividades do Poder Judiciário, o que significaria uma abertura de audiências públicas para discutir temas sensíveis e ampliar a participação dos “amigos da corte”. Além disso no modelo de participação popular na atuação da Justiça, o Poder Judiciário passaria a ser um ator na concretização dos direitos humanos. V. <https://www.conjur.com.br/2014-set-20/presidente-stf-defende-maior-participacao-social-tribunal>; (2) Fernando Leal, professor da FGV Direito Rio, em artigo jornalístico intitulado: “Para que servem as audiências públicas no STF?” destacou diversas falas de Ministros do STF que reforçam o posicionamento descrito: “o ministro Luís Roberto Barroso observou que elas (as audiências públicas) são fundamentais na promoção de um “debate aberto e plural”. Manifestações desse tipo são muito semelhantes ao que os ministros dizem a respeito do instituto

oblíqua”, outras justificativas, estreitamente relacionadas com a descrita acima, foram adotadas para sanear o déficit democrático da referida Corte, tais como: (i) o seu poder contramajoritário²⁰; (ii) a possibilidade da participação social e democrática através de *amicus curiae*, das audiências públicas e de outros institutos; (iii) o funcionamento do STF como uma sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

Não obstante as minorias, em especial o movimento LGBT, recorrerem à Corte Constitucional, surgem atualmente diversas vozes e estudos que questionam e evidenciam em termos práticos, que o fato das minorias se socorrerem ao STF não significa (ou significou) acesso amplo e efetivo para postulação de direitos ou a participação nos debates e influência nas decisões destes grupos. O debate se torna mais premente quando percebemos que a discussão, conforme explanaremos a seguir, envolve as teorias democráticas, em especial, a teoria deliberativa, a teoria participativa e a pluralista. Pelo exposto, há uma relação indissociável entre a legitimidade do STF na sua pretensão de representatividade e sua permeabilidade às demandas sociais²¹.

Torna-se, então, necessário compreender a existência desses obstáculos que serão analisados a partir do movimento LGBT, a relação com as teorias democráticas e seus reflexos na democracia brasileira. Na presente pesquisa utilizaremos o grupo LGBT que por ser paradigmático e extensível as demais minorias, movimentos sociais e de participação popular, ou seja, sempre que nos referirmos ao grupo LGBT ou as minorias sexuais, guardadas as devidas especificidades dos demais grupos vulneráveis podemos expandir as conclusões aos demais grupos²².

do *amicus curiae*, que serviria também para “pluralizar o debate constitucional” (Min. Celso de Mello na ADI 2321-MC), “pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional” (Min. Rosa Weber no RE 592891-SP) ou “conferir um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade” (Min. Gilmar Mendes na ADI 2316) V. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-que-servem-as-audiencias-publicas-no-stf-16062015>> . Acesso em: 25/08/2019.

²⁰ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2001, p. 224, condensando as lições de Dworkin e Habermas, lavrou, em síntese feliz: “A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”

²¹ CARDINALI, Daniel Carvalho. **(Im)possibilidades de acesso à jurisdição do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação**. Revista Publicum Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 135. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.3195>.

²² O movimento LGBT também referenciado ao longo desta obra como minorias sexuais será usado como parâmetro por possibilitar que a extensão das conclusões desta pesquisa se apliquem aos demais grupos, ressalvadas evidentes especificidades. A afirmação vem justamente na constatação de que tal grupo parâmetro

Assim, o acesso das minorias e movimentos sociais (LGBT) ao Supremo Tribunal Federal encontra limitações que fragilizariam a noção de que o órgão de cúpula do Judiciário atuaria de forma aberta e democrática o que também solaparia a legitimidade da Corte Constitucional na atuação contramajoritária. Desta forma, se teoricamente a jurisdição constitucional exercida pela Suprema Corte brasileira é permeável ao acesso e atuação do grupo LGBT o projeto de pesquisa deve, então, procurar responder: (i). Até que ponto a abertura existe? Deste questionamento principal surgem outros que devem ser enfrentados pela pesquisa, tais sejam: (ii). As minorias, em especial as minorias sexuais, têm acesso direto ao Supremo Tribunal Federal? Quais formas de acesso? Quais mecanismos e canais utilizados? Quais limitações e obstáculos? Quais são as consequências positivas e as negativas?; (iii) Há necessidade de reformas para instituir ou ampliar o acesso das minorias junto ao Pretório Excelso?; (iv) Há democratização da participação social no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF? Quais formas de participação? Quem pode participar? Há requisitos e limitações?; (v) Quais normas influem nesta temática? (vi) A participação social influencia as decisões e interpretações da Suprema Corte? (vii) O processo deliberativo do STF pode ser considerado democrático? Há diálogo social para tomada de decisões?

O STF, principalmente após a Constituição Federal de 1988, tornou-se o principal – e por vezes, único - canal para o denominado litígio estratégico dos grupos marginalizados. Nesse cenário complexo da atuação da Suprema Corte brasileira, onde convivem a judicialização da política, a ausência de legitimidade democrática e a função contramajoritária supostamente exercida, nota-se inúmeros problemas formais, processuais e extrajurídicos que colocam em xeque tal atribuição do STF ao se constatar restrições à participação social. Precisamos então compreender a dinâmica destes eventos para possibilitar soluções.

A importância da pesquisa ganha relevo ao nos depararmos com o atual cenário político brasileiro no qual o Poder Legislativo encampa projeto de leis que violam direitos humanos²³ e por outro lado o Executivo desmantela políticas públicas²⁴ e adota por meio de

assim como negros, deficientes, índios entre outros recorrem ao STF na propositura de suas pautas, tutela de direitos e enfrentam os mesmos entraves e obstáculos, principalmente por serem grupos com algum nível de marginalização e estigma.

²³ <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/40-ameacas-legislativas-aos-direitos-humanos> acessado em 13 de Maio de 2019.

²⁴ Medidas provisórias adotadas violam de direitos de grupos vulneráveis e minorias, https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/03/politica/1546485608_147292.html acessado em 17 de Maio de 2019 e <https://revistaladoa.com.br/2019/04/noticias/mpf-lanca-nota-sobre-decreto-de-bolsonaro-que-exclui-orgaos-para-minorias-sociais/> acessado em 17 de Maio de 2019

seus representantes um discurso retrógrado²⁵. Nesta situação, torna-se inevitável a maximização do acesso a jurisdição constitucional para os grupos vulneráveis que não possuem representação no Congresso Nacional e tão pouco são beneficiados em políticas públicas. Neste cenário é urgente que joguemos luzes sobre a questão do acesso à Jurisdição Constitucional para possibilitar às minorias uma via de defesa de direitos, a promoção de políticas públicas e o desmantelamento de leis infraconstitucionais ou de emendas que retrocedam nos direitos já conquistados.

Dessa forma, não basta possibilitar à determinados grupos o acesso a jurisdição constitucional ampliando a atuação contramajoritária da Corte Constitucional, sem que haja uma construção teórica que legitime tal atuação. Sem este suporte teórico, o sistema ruiria e fundamentaria as críticas contemporâneas realizadas²⁶. Destarte, o atual trabalho visa unir esses aspectos indissociáveis de legitimidade da Corte Suprema na sua expansão jurisdicional e efetivo acesso e participação social nas decisões que são negligenciados.

Por tudo quanto exposto, este projeto tem como objetivo principal fornecer parâmetros para facilitar e desobstruir o acesso das minorias e ampliar a defesa de seus direitos além de possibilitar a participação junto ao STF através do movimento LGBT. Visa-se, também, permitir que a atuação contramajoritária e uma maior permeabilidade aos movimentos sociais na Suprema Corte esteja, de fato, legitimada democraticamente, motivo pelo qual é imperiosa a discussão das teorias democráticas e dos seguintes marcos teóricos: a Teoria Participativa da Democracia, a Teoria Deliberativa da Democracia e a Teoria Pluralista da Democracia através da obra dos autores: Jürgen Habermas; William Eskridge; Nancy Frasier e Peter Haberle. Desde

²⁵ Diversos pronunciamentos do Presidente da República em exercício (2019) corroboram a situação <https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/> acessado em 17 de Maio de 2019. Destacamos aqui uma frase que resume tal percepção: “Vamos fazer o Brasil para as maiorias. As minorias têm que se curvar as maiorias. As leis devem existir para defender as maiorias. As minorias se adequam ou simplesmente desaparecem” trecho retirado do vídeo: <https://youtu.be/sUueYXzr9jE>, Acesso em 17 de maio de 2019

²⁶ Emanuel Andrade Linhares em artigo intitulado: “Paulo Bonavides e o Direito Constitucional de terceira geração: a democracia participativa como elemento de repolitização da legitimidade do modelo constitucional brasileiro” lança críticas severas ao protagonismo judicial e em seu papel na concretização dos ideais emancipatórios que assume caráter antidemocrático quando observa-se uma jurisprudência do STF baseada em fundamentos abstratos e argumentos de autoridade. Além disso, há um aumento em decisões maximalistas que envolvem questões de alta complexidade (científica, moral etc) e o fato de conferir a última palavra ao Poder Judiciário negaria sua responsividade ao povo, elemento que confere legitimidade ao exercício de qualquer função pública. Sem a responsividade popular o Judiciário investiria a si mesmo na condição de guardião da verdadeira moral e do espírito da Constituição. LINHARES, Emanuel Andrade (Ed.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. Grupo Editorial Nacional, 2016. p. 8-14.

já, ressaltamos que apenas alguns postulados das teorias serão utilizados para o enfrentamento das questões pertinentes conforme destacaremos a seguir.

A Teoria Participativa da Democracia busca criar oportunidades para que os indivíduos participem efetivamente do processo de decisão. Ou seja, as decisões no STF que afetam minorias sexuais devem ter sua participação para que a decisão seja mais legítima. O que questionamos é a efetividade do processo participativo.

A Teoria Deliberativa da Democracia refere-se à noção dialógica da política através de um processo que deve se basear na igualdade dos participantes nas decisões, a existência de direitos de participação, esses são os fatores que devemos relacionar com as minorias sexuais.

A Teoria Pluralista da Democracia pressupõe um processo democrático formado por grupos díspares com diversos interesses e valores que deveriam ter a oportunidade de influenciar as decisões políticas.

As teorias destacadas permitem elaborar a seguinte hipótese de trabalho: apesar do processo de judicialização da política e do exercício da função contramajoritária da Suprema Corte Brasileira na proteção de direitos dos LGBTs há limitações neste sistema que obstaculizam o acesso desses grupos e das demais minorias. A Jurisdição Constitucional não se demonstra tão aberta, permeável ou mesma democrática às demandas e participação dos grupos LGBTs e aos outros movimentos sociais. Por fim, a legitimidade democrática que atualmente justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal não se sustenta quando se confronta as teorias democráticas e a realidade.

Esta pesquisa utilizará dois métodos de investigação, tendo em vista a complexidade de sua natureza. Ela fará uso da pesquisa bibliográfica e da pesquisa de jurisprudência. O foco para entendermos o acesso à Jurisdição Constitucional por minorias, o que passa necessariamente pelas teorias democráticas, e estabelecer variáveis para superação do atual sistema incidirá sobre o movimento LGBT. Outrossim, o movimento LGBT além de possuir diversas reivindicações junto ao STF é caracterizado por ser um “movimento guarda-chuva”²⁷

²⁷ Neste sentido, “este movimento (LGBT) é caracterizado por ser um “movimento guarda-chuva”, na medida em que congrega diversas identidades e vivências, cada qual com suas pautas, necessidades – e níveis de estigmatização – específicos.” (Daniel Carvalho Cardinali em seu artigo: **(Im)possibilidades de acesso à jurisdição do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação**. Revista Publicum Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 135. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> .DOI:<https://doi.org/10.12957/publicum.2018.3195>. Acesso em: 26/09/2019.

O trabalho se estrutura em quatro partes: (i) Na primeira parte definiremos o conceito de minorias, aprofundando o estudo do movimento LGBT e sua história no Brasil com a correlação entre a judicialização e as minorias sexuais o que envolverá também a obra de William Eskridge e de Adilson José Moreira; (ii) Na segunda parte desenvolveremos um estudo sobre o acesso à Jurisdição Constitucional Brasileira especificamente no STF e os seus obstáculos; (iii) Na terceira fase discorrer-se-á sobre a legitimidade do STF, as teorias democráticas afetas a questão através dos autores: Jürgen Habermas, Nancy Fraser e Peter Habermas; (iv) Na quarta parte analisaremos as seguintes ações de controle de constitucionalidade: ADI nº 3299; ADI nº 3300; ADI nº 4275; ADI nº 4277; e ADPF nº 132 de modo que algumas ações acerca dos direitos LGBT serão enfatizadas e analisadas com maior profundidade procurando-se dialogar com as demais partes do projeto de modo que as constatações e conclusões sejam verificadas na realidade e não meramente por proposições teóricas.

2 O MOVIMENTO LGBT E DEFINIÇÕES PRELIMINARES

O movimento LGBT completou em 2018 cerca de 40 (quarenta) anos de existência considerando que em 1978 ocorreu a primeira reunião entre homossexuais que culminaria na criação do grupo “Somos – Grupo de Afirmação Homossexual” em plena ditadura militar²⁸.

No Brasil as formas de associação, manifestação e politização do movimento LGBT sofreram diversas transformações, mas basicamente o ponto de convergência era “ a mera existência pública de corpos e de desejos contrários às normas-padrão de gênero e de sexualidade sempre foi um ato político de maior grandeza”²⁹. Multiplicaram-se os coletivos, os grupos organizados, as identidades, direitos básicos foram conquistados e os poderes políticos - direta ou indiretamente – sempre influenciaram nesse desenvolvimento. As consequências podem ser observadas nas transformações com que a sociedade passou a compreender e lidar o movimento.

Neste primeiro capítulo delimitaremos o conceito de minorias, sociedade civil, traçaremos o estudo do movimento LGBT e sua história no Brasil correlacionando a atual judicialização do movimento, o que envolverá a análise das obras de William Eskridge e de Adilson José Moreira.

2.1 A SOCIEDADE CIVIL

Conceito relevante para este trabalho é a delimitação do que viria a ser a sociedade civil. Norberto Bobbio em sua obra “Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política”³⁰ traça um perfil histórico e filosófico sobre a variação de sentidos que o termo foi adquirindo. Em suma, a expressão “sociedade civil” estaria interligada com o Estado. Basicamente, sociedade civil seria as relações não reguladas pelo Estado e todo o restante regulamentado seria o poder estatal. No entanto, de forma mais minuciosa, Bobbio destaca que o conceito pode ser definido de diferentes formas a partir dessa contraposição (sociedade civil/Estado) onde “[...] podem-se distinguir diversas acepções conforme prevaleça a

²⁸ GREEN, James N. et al. **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p.10.

²⁹ Ibidem, p. 11.

³⁰ BOBBIO, Norberto et al. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

identificação do não-estatal com o pré-estatal, com o anti-estatal ou inclusive com o pós-estatal.”³¹ A sociedade civil pela identificação pré-estatal tem fundo na doutrina jusnaturalista, desta forma, antes da existência do Estado existem diversas formas de associação que os indivíduos estabelecem para consecução dos seus interesses e as quais o Estado se superpõe para regulá-las, sem impedir o desenvolvimento. Na acepção anti-estatal, a sociedade civil seria “[...] o local onde manifestam todas as instâncias de modificação das relações de dominação, formam-se os grupos que lutam pela emancipação do poder político.”³² Na terceira forma a "sociedade civil" representaria o uma sociedade sem Estado, baseado no pensamento de Gramsci, onde a sociedade civil é hegemônica e livre da sociedade política³³. Bobbio resume da seguinte forma essas definições:

Nas três diversas acepções o não-estatal assume três diversas figuras: a figura da pré-condição do Estado, ou melhor, daquilo que ainda não é estatal, na primeira, da antítese do Estado, ou melhor, daquilo que se põe como alternativa ao Estado, na segunda, da dissolução e do fim do Estado na terceira³⁴.

Nas atuais teorias que consideram a sociedade globalizada, a sociedade civil é o espaço de formação das demandas “(*input*)” direcionadas ao sistema político que por sua vez devem fornecer respostas “(*output*)”. A diferença entre sociedade civil e Estado é determinada então pela quantidade e qualidade das demandas e capacidade do Estado em atendê-las³⁵.

De todas formulações expostas por Bobbio, destacamos a seguinte, que mais se aproxima para orientar o presente estudo:

Numa primeira aproximação pode-se dizer que a sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão. Sujeitos desses conflitos e portanto da sociedade civil exatamente enquanto contraposta ao Estado são as classes sociais, ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e indiretamente políticos, os

³¹ Ibidem, p. 35.

³² Ibidem, p. 35.

³³ Ibidem, p. 34 – 35.

³⁴ Ibidem, p. 35.

³⁵ Ibidem, p. 37.

movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos de jovens etc³⁶.

A sociedade civil resta delimitada como os diversos grupos, movimentos sociais e organizações civis que não pertencem ou que não estão no corpo estatal. Há uma divisão entre o Estado representado pelo governo e a sociedade civil marcada por conflitos que devem ser solucionados pelo Estado. As minorias em geral e as minorias sexuais inserem-se dentro dos movimentos de emancipação que buscam o reconhecimento e a redistribuição tanto através de conflitos contra a sociedade dominante composta pelo paradigma “homem branco heterossexual” e contra o aparelho estatal que muitas vezes perpetua e institucionaliza essa dominação.

2.2 MINORIAS

Dentro da sociedade civil, operam as minorias que envolve indivíduos sujeitos a relações de opressão e dominação. Utilizaremos a concepção de Iris Marion Young, pela qual os grupos minoritários são compostos por indivíduos objeto de opressão e dominação institucionalizadas.

Iris Young conceitua a justiça³⁷ (justiça social) como a eliminação da dominação e da opressão. O conceito de dominação e opressão deve ser o ponto de partida para entender a justiça social e não o conceito de distribuição. Desta forma, as questões de poder, procedimento de tomada de decisões, divisão de trabalho e cultura (a autora em diversos trechos do livro resume essas ideias como: modelos distributivos de poder, direitos, oportunidades e auto-respeito) seriam os meios para promoção da justiça social, sendo que a concepção distributiva teria um papel secundário ou concomitante.

A ética comunicativa deve ser o foco para conceber a justiça social e não tanto os padrões distributivos. Logo, os processos de participação na deliberação e tomada de decisão define a noção justiça. A norma seria justa, se os indivíduos a ela submetidos, pudessem de antemão serem ouvidos e capazes de concordar sem a necessidade da coerção. A condição

³⁶ BOBBIO, Norberto et al. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 35-36.

³⁷ Ver as seguintes obras que orientaram as definições esposadas: YOUNG, Iris Marion. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton University Press, 2011 e YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford University press on demand, 2002.

social seria justa se permitisse a todos o atendimento de suas necessidades e o exercício da liberdade.

Em suma, quanto mais as instituições impeçam a participação e a efetiva influência das pessoas ou de determinados segmentos da sociedade – grupos sociais - sobre assuntos que os afetem diretamente, maior é a opressão e dominação exercida. Os grupos sociais seriam compostos por indivíduos que tem em comum determinada forma cultural, histórica e social formada pelas relações internas dos membros e externas com os demais agrupamentos.

Uma outra abordagem do conceito de minorias, utilizado amplamente pelas Nações Unidas³⁸, é a descrição como um grupo não dominante de pessoas que dividem entre si características nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas, diferentes das características da maior parte da população em que estejam inserido. O conceito não se resumiria a isso, mas também deve ser utilizado quanto a autodefinição, ou seja, a “vontade dos membros dos grupos em questão de preservar as suas próprias características” e de serem aceites como parte desses grupos pelos outros membros³⁹.

³⁸ A Declaração sobre os direitos das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas aprovado pela resolução 47/135 da Assembléia Geral da ONU é largamente usada para delimitação do conceito de minorias e define alguns direitos basilares: “ A assembleia geral , Reafirmando que um dos objetivos básicos das Nações Unidas, conforme proclamado na Carta, é promover e incentivar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos, **sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião** [...] Artigo 1 - 1. Os Estados protegerão a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias dentro de seus respectivos territórios e fomentarão condições para a promoção de identidade. 2. **Os Estados adotarão medidas apropriadas, legislativas e de outros tipos, a fim de alcançar esses objetivos.** Artigo 2 - 1. As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas “pessoas pertencentes a minorias”) terão direito a desfrutar de sua própria cultura, a professar e praticar sua própria religião, e a utilizar seu próprio idioma, em privado e em público, sem ingerência nem discriminação alguma. 2. As pessoas pertencentes a minorias tem o direito de participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública. 3. **As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de participar efetivamente nas decisões adotadas em nível nacional e, quando cabível, em nível regional, no que diz respeito às minorias a que pertençam ou as regiões em que vivam, de qualquer maneira que não seja incompatível com a legislação nacional.** 4. As pessoas pertencentes a minorias terão o direito de estabelecer e de manter as suas próprias associações. [...] Artigo 4 - 1. **Os Estados adotarão as medidas necessárias a fim de garantir que as pessoas pertencentes a minorias possam exercer plena e eficazmente todos os seus direitos humanos e liberdades fundamentais sem discriminação alguma e em plena igualdade perante a Lei.** 2. Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes, salvo em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais. [...] 5. Os estados deverão examinar as medidas apropriadas a fim de permitir que pessoas pertencentes a minorias possam participar plenamente do progresso e do desenvolvimento econômico de seu país Artigo 5 - 1. **As políticas e programas nacionais serão planejados e executados levando devidamente em conta os interesses legítimos das pessoas pertencentes a minorias** [...] grifo nosso. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. **Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities.** Disponível em: <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/minorities.aspx>>. Acesso em: 15 outubro 2019

³⁹ ACNUDH (Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos). **Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 18.** Out. 2008. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf>. Acesso em: 15 outubro 2019.

2.3 O MOVIMENTO LGBT E A JUDICIALIZAÇÃO

O movimento LGBT⁴⁰ que como grupo organizado ou não, objetiva a defesa e promoção de interesses dos sujeitos que o integram, assim, em suas reivindicações podem operar de maneira informal através da cultura, manifestações etc ou por meios mais formais como o recorrer ao STF na propositura de suas pautas e outras estratégias políticas para a consecução de tutela de direitos.

Diante de um quadro generalizado de homofobia⁴¹ no Brasil e da baixa responsividade do legislativo às minorias sexuais⁴², estas, passaram a se utilizar do judiciário, mais

⁴⁰ Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros entre outros são sujeitos minoritários por não comporem o perfil heterossexual ou a identidade cisgênera.

⁴¹ Segundo relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) divulgado em 17/05/2019 foram 126 homicídios e 15 suicídios de janeiro até maio de 2019 o que representa a média de uma morte a cada 23 horas. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/05/17/brasil-registra-uma-morte-por-homofobia-a-cada-23-horas-aponta-entidade-lgbt.ghtml>>. Acesso em: 26/10/19. No ano de 2019 o Brasil Brasil passou do 55º lugar para o 68º dos países mais seguros à comunidade LGBT. <Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/brasil-cai-13-posicoes-no-ranking-de-paises-seguros-para-lgbts/>>. Acesso em: 26/10/19.

⁴² Neste sentido: “[...] Voltando à questão legislativa a respeito da questão LGBT, a bancada religiosa tem atuado em duas frentes: de um lado, apoiando ou propondo projetos contra aquela minoria, de outro lado, envidando esforços para barrar, de qualquer forma, a aprovação de qualquer proposição que favoreça a estes. Quanto à primeira atuação, destaque para o PDC no 234/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO), chefe da “bancada evangélica” no Congresso Nacional, que propõe revogar a Resolução no 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe seus profissionais de promover “terapias de cura da homossexualidade”. [...] Podem ser mencionados também: a proposta de Indicação no 2.478/2004, do deputado Milton Cardias (PTB-RS), “sugerindo que o Ministério das Relações Exteriores parabeneze e apoie o presidente dos Estados Unidos, George Bush, quanto à sua manifestação contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo”; o Projeto de Lei no 2.279/2003, do deputado federal Elimar Máximo Damasceno (Prona-SP) pretendia tornar contravenção penal o “beijo lascivo entre pessoas do mesmo sexo em público” (a Comissão de Constituição e Justiça votou por sua rejeição); o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) no 232/2011, do deputado federal André Zacharow (PMDB-PR), que foi proposto logo após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no 132 supracitada e que propõe a convocação de plebiscito a fim de que o eleitorado decida “sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: ‘Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?’”; também em razão daquela decisão foi apresentado o PDC no 224/2011, do deputado federal João Campos (PSDB-GO) que pretendia que o Congresso Nacional suspendesse a decisão do STF; contra Portaria no 1.707/2008 do Ministério da Saúde que prevê a realização de processo transexualizador pelo SUS. O deputado federal João Campos propôs o PDC no 52/2011 para que ela fosse suspensa. Estão em tramitação na Câmara dos Deputados um Projeto de Lei para permitir e dois para proibir a adoção por casais homoafetivos. O primeiro é o PL no 2.153/2011 da deputada federal Janete Rocha Pietá (PT-SP); os outros, que visam a proibir, são o PL no 4.508/2008, do deputado federal Olavo Calheiros (PMDB-AL) e o PL no 7.018/2010, do deputado federal Zequinha Marinho (PSC-PA)¹⁹ – o último chegou a ser arquivado mas foi desarquivado e está apenas ao primeiro. Na cidade de São Paulo chegou a ser aprovado em 2011 o PL no 294/2005, do vereador Carlos Apolinario (PDT) que instituiu o “Dia do Orgulho Heterossexual”. Mas a principal atuação vem do esforço por barrar projetos que visam a estender direitos à comunidade LGBT ou que lhe reconheçam o *status* de minoria vulnerável. No Brasil não há lei federal a tratar do tema, a despeito de a CF/88 garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (art. 3º, IV) e o direito de igualdade (art. 5º, I); e apesar também do fato de já haver resoluções internacionais da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) orientando os países a promoverem políticas de não

especificamente das ações de controle de constitucionalidade concentrado como alternativa, para defesa de seus direitos e promoção de suas pautas. Os mais diversos assuntos foram levados à Corte Constitucional pelo movimento LGBT, tais como: ADI nº 3299 (inconstitucionalidade do art. 235 do Código Penal Militar que considerava como crime o ato homossexual); ADI 3300 (reconhecimento da união homoafetiva como família); ADI 4275 (alteração do prenome e do sexo no registro civil); ADI 4277 (reconhecimento da união homoafetiva como família); ADI 5668 (dever das escolas de coibirem as discriminações por gênero, por identidade de gênero e por orientação sexual e respeitar as identidades das crianças e adolescentes LGBT nas escolas públicas e particulares); ADO nº 26 (criminalização da homofobia); ADPF nº 132 (união homoafetiva); ADPF nº 291 (pederastia); ADPF nº 465 (inconstitucionalidade do art. 1º, lei municipal nº 2.243/2016 de Palmas – Tocantins – que proíbe a educação sexual nas escolas); ADPF nº 479 (inconstitucionalidade da lei municipal nº 4.576/2016 de Nova Iguaçu - Rio de Janeiro - que proíbe a utilização em escolas municipais de materiais com orientações sobre diversidade sexual); ADPF nº 527 (recolhimento de LGBTs em estabelecimento prisional diverso de sua orientação sexual ou identidade de gênero) e ADPF nº 5543 (inconstitucionalidade do art. 64, IV da portaria nº 158 Anvisa que proíbe a doação de sangue por homossexuais).

Em que pese o uso do canal do judiciário para o litígio estratégico, nota-se que há diversos obstáculos que decorrem da marginalização e estigma que os acompanha ou pelos entraves do sistema constitucional que torna o Judiciário um canal nem sempre aberto a tais demandas.

discriminação contra homossexuais (BAHIA, 2012) [...]. Os vários Projetos de Lei (e de Emenda à Constituição) sobre qualquer tema ligado, ainda que indiretamente, a questões de orientação sexual ou identidade de gênero são colocados de lado. Mas a questão não é que as proposições tenham sido “rejeitadas” em votação, como mencionado acima; na maior parte dos casos (senão em todos), os membros do Congresso Nacional, sequer se posicionaram, seja a favor, seja contra. Segue-se uma pequena lista: a) PECs nos 139/95, 66/2003 e 392/2005, para reintroduzir no inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual”; b) o PL no 1.151/95, que visa a regular a união estável de pessoas do mesmo sexo. Desde 2001, o Projeto está pronto para ser incluído em pauta para votação do Plenário da Câmara dos Deputados. A despeito de sua antiguidade, e de que nos “últimos 16 anos, foram apresentados mais de 20 projetos sobre gays; nenhum foi votado. Para o líder do PT na Câmara, Paulo Teixeira (SP), o Congresso ‘dormiu no ponto’ sobre um assunto de interesse nacional” (GUERREIRO; GUIMARÃES, 2011). c) o PL no 3.712/2008, do deputado federal Maurício Rands (PT-PE) que visa a incluir “na situação jurídica de dependente, para fins tributários, o companheiro homossexual do contribuinte e a companheira homossexual da contribuinte do Imposto de Renda de Pessoa Física”; d) os PL nos 3.770/2000, 5.003/2001, 5/2003 e 4.242/2004, tratavam, em termos gerais, da criminalização da homofobia, sendo, por isso, reunidos no PL no 122/2006. O PLC no 122/06 foi aprovado na Câmara, mas ainda não conseguiu aprovação no Senado, sendo objeto de fortíssima oposição por grupos religiosos representados pela “bancada evangélica”. Já houve várias tentativas de acordo com estes – foi até esboçado um substitutivo –, mas a discussão não avançou e, ao que tudo indica, ele também deve ser arquivado. [...]

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de et al. **A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT**. 2013.

Antes, se faz necessário entender: as origens do movimento LGBT como forma de mobilização política e jurídica; a história do movimento LGBT no Brasil e a atual sistemática de promoção de sua agenda e defesa de direitos através do Judiciário através da noção de cidadania sexual.

2.4 O MOVIMENTO LGBT COMO MOVIMENTO SOCIAL BASEADO EM IDENTIDADE: A PERSPECTIVA DE ESKRIDGE.

Eskridge em sua obra "*Channeling: Identity-based social movements and public law*"⁴³ demonstra que os movimentos sociais necessariamente dependem do sistema político, mais propriamente das leis para serem reconhecidos e terem seus direitos assegurados. No introito da obra demonstra que os movimentos sociais conduzem a Constituição e a sua evolução e que três tipos de teorias do movimento social são necessárias para a sua compreensão: (a) As teorias da mudança cultural ("*Cultural change theories*") que se preocuparia com a evolução de normas sociais e a interação com os movimentos; (b) As teorias da mobilização de recursos ("*Resource mobilization theories*") que procura identificar as razões que levam a participação das pessoas nestas causas desenvolvendo modelos de atuação racional destes movimentos e (c) Teorias do processo político ("*Political process theories*") que envolve a evolução institucional no contexto dos movimentos sociais. Embora cada teoria ajude a entender a dinâmica dos movimentos sociais o mais relevante é a relação destes grupos com a lei e a maneira que procuram influenciá-la, pois a luta dos movimentos sempre envolverá a lei.⁴⁴ Nas palavras do autor:

[...]More important, social movements are surrounded by and seek to influence law. In the modern regulatory state, we are saturated with law. Any kind of collective action, however "spontaneous" (a favorite word among social movement theorists), occurs in the context of the regulatory state. The norms challenged by this kind of collective action are likely to be codified in legal codes, and the movement's struggle will inevitably involve law. If the social movement generates institutional forms, they will be affected by and will seek to affect the law. Intuitively, the law professor would suggest that law has strong effects on social movements; law does not

⁴³ A obra *Channeling: Identity-based social movements and public law* será utilizada como referencial no presente subcapítulo. ESKRIDGE JR, William N. **Channeling: Identity-based social movements and public law**. U. Pa. L. Rev., v. 150: 419, 2001

⁴⁴ ESKRIDGE JR, William N. **Channeling: Identity-based social movements and public law**. U. Pa. L. Rev., v. 150: 419, 2001, p. 419-420.

drive them, but it is a pervasive positive and normative context in which the social movement operates [...]⁴⁵

Considerando o contexto que Eskridge apresenta, concluímos que não é possível falar em movimentos sociais sem o Direito.

O movimento LGBT insere-se no chamado “movimentos sociais com base na identidade” que aqui simplificamos para MSBI (“*identity-based social movement*” – IBSM) surgido na segunda metade do século XX que foi protagonizado pelos movimentos dos negros e o de mulheres. Em comum, buscavam a integração através do reconhecimento de que os indivíduos que o compõem possuem igual valor ao sujeito hegemônico que é identificado pelo homem heterossexual branco e a igualdade. A política destes grupos neste período visava a busca da moralidade de seus membros, o que implicava de certa forma certa redistribuição econômica, mas o principal pleito era o reconhecimento de sua identidade com o mesmo valor do padrão dominante (homem heterossexual branco) que é denominado pelo norte-americano como políticas de reconhecimento “*politics of recognition*”. A sociedade (grupos majoritários e dominantes) seria pressionada para realização de mudanças através dos constituintes para a igualdade pleiteada.

Eskridge destaca que o Direito teve um papel de destaque na formação dos movimentos sociais com base na identidade (MSBI). Em primeiro plano, a lei ajudou a definir uma classe de pessoas cuja identidade social estava ligada por uma característica estigmatizante, assim, a norma afetou psicicamente e economicamente tais grupos o que possibilitou fortes razões para união e transformação social. Segundo, as instituições jurídicas como locais de estigmatização das minorias que eram objetos de exclusão e discriminação o que de certa forma influenciou na criação de uma rede de informações criada por tais grupos, as mesmas instituições seriam usadas por estes grupos para mudança desta situação. Terceiro, foi o fato de que outros atores legais hostis as minorias possibilitaram uma mobilização em massa contra políticas estigmatizantes. Nota-se que a lei ajudou a definir os grupos minoritários, incentivou os movimentos, possibilitou fóruns para luta contra estigmas e proporcionou eventos e campanhas que ajudaram a transformar um movimento de reforma em um movimento social de massa. Em suma, a mobilização dos MSBI, segundo Eskridge, não seria possível se tais grupos não tivessem o Estado como adversário em alguns momentos e em outros como aliado.

⁴⁵ Ibidem, p. 420.

A lei e a institucionalização dos movimentos sociais com base na identidade possibilitou as conquistas progressivas e tal caminho foi em grande parte possível justamente pelo sistema legal ter em sua origem um caráter discriminatório. Era necessário um esforço para mudança deste cenário e ao longo do tempo percebeu-se a possibilidade do Estado ser um aliado na consecução dos objetivos sociais do movimento. Originariamente o objetivo era eliminar a lei opressora o que tornava a maior parte do sistema legal em adversários, mas a perenidade dos movimentos possibilitou a mudança dos objetivos a medida que os objetivos iniciais já tinham sido atingidos. Desta forma se inicialmente procuravam a anulação de leis, com o tempo passaram a pleitear que as leis pudessem ajudar tais grupos o que converteria os atores legais em potenciais aliados⁴⁶.

A Constituição tem relevância particular neste processo (objeto fundamental neste estudo), pois se as minorias estigmatizadas se orientaram na perspectiva de alcançar seus objetivos através das leis, a articulação foi realizada em torno dos direitos previstos na Constituição⁴⁷ tornando-os não apenas fundamentais, mas fora do alcance do processo político comum.

Eskridge demonstra a mudança de perspectiva e a participação da Constituição neste processo. Segundo o mesmo, os MSBI são em sua essência movimentos normativos. Assim, um determinado grupo minoritário que é tratado pela sociedade como maligno terá na lei este reflexo e tratamento (a lei na democracia representativa é de certa forma expressão do grupo majoritário). Com o decorrer do tempo e a mudança deste paradigma, o referido grupo será tolerado o que se reflete na norma posta. Se houver mais avanços a minoria buscará sua plena aceitação e nesta ótica passariam a ser considerados como uma variação benigna. Logo, a progressão da norma pode ser sintetizada da seguinte forma: variação maligna → variação tolerável → variação benigna. O contramovimento (opositores) procurará interromper essa sistemática argumentando que a minoria está desafiando a norma e a estrutura moral da sociedade. Desta forma a mudança gradual e os movimentos contrários terão como base a argumentação constitucional, assim, as minorias irão sustentar o direito as proteções do Estado

⁴⁶ ESKRIDGE JR, William N. **Channeling: Identity-based social movements and public law**. U. Pa. L. Rev., v. 150: 419, 2001, p. 459-460

⁴⁷ Eskridge demonstra que os movimentos minoritários dos Estados Unidos reuniram-se em torno dos direitos existentes na Constituição americana para mudança da realidade. Conforme exposto em nossa introdução, a conclusão do autor pode ser estendida ao caso brasileiro, pois as leis brasileiras, os atores políticos e consequentemente as políticas adotadas sempre discriminaram as minorias sexuais ou não as protegiam. Apenas com a implementação da Constituição de 1988 surgiu a possibilidade da defesa de direitos e sua respectiva promoção.

de Direito, o direito ao devido processo legal e a liberdade de expressão. Já os grupos majoritários dominantes terão que concordar com esses direitos que pertencem a todos, mas irão se esforçar para limitar expressivamente as referidas liberdades, para tanto o próprio contramovimento responderá com argumentos constitucionais e se utilizaram da sua liberdade de expressão e de associação para atacar a minoria. Eskridge destaca que a retórica utilizada pelos MSBI nos Estados Unidos se tornou constitucionalizada o que canalizou a luta para dentro do direito constitucional⁴⁸.

A lógica da luta por direitos LGBT é demonstrada por Eskridge na obra “*Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition*”⁴⁹ no qual se discute o reconhecimento formal pelos Estados às uniões do mesmo sexo (igualdade de direitos e obrigações em relação aos casamentos de indivíduos de sexo diferente) e suas diversas implicações.

⁴⁸ Reproduzimos na íntegra essa interessante passagem que norteará o trabalho “IBSMs are normative movements. The central prescription, the one from which others flow, is that a trait society has treated as a malign variation from the norm is, in fact, either a tolerable or a benign variation (or is no significant variation at all). A social group whose trait has traditionally been considered malign will take as its original stance (to the outside world at least) that its variation is tolerable: tacitly conceding the superiority of the majority's trait, the minority will initially just ask for tolerance. If that plea makes headway, the minority will probably seek full acceptance of its variation. So the natural normative progression in a social movement is this: malign variation = tolerable variation benign variation The countermovement will seek to halt or reverse the flow. Rhetorically, its members claim that the minority is challenging the norm itself, and other associated norms that are central to society's moral structure. Hence the traditionalists' talk of Armageddon: if the norm is sacrificed for "these people," a lot of norms will become fuzzy, and society will lose the ability to direct its members in productive directions. Historically, this normative progression immediately became a progression of constitutional arguments 0b Although the terminology in this Article has shifted to and fro, the social movements I have been discussing are now called the civil rights movement, the women's rights movement, the abortion rights movement, the lesbian and gay rights movement, and the disability rights movement. Identity-based movements early on view themselves as asserting legal and constitutional rights as well as normative identities. Even within the majority's frame, whereby the minority trait is a malign variation, minority group members will maintain that they are entitled to all the protections of the rule of law, particularly procedural due process and freedom of speech protections. The majority will have to concede that point, but efforts will be made to limit expressive freedoms. Once the minority group starts emerging as a viable social movement, asserting that its trait is either a tolerable or a benign variation, its constitutional arguments will include equal protection as well as due process and freedom of speech claims. If the movement achieves success through the adoption of anti-discrimination laws (for the best example), the countermovement's politics of preservation will respond with its own constitutional arguments, in most cases rooted in freedom of speech and association. Perhaps the biggest gap in sociological theories of social movements is their neglect of the role of constitutional law and discourse. Constitutional discourse is pervasive in all the kinds of politics involving IBSMs. This has the obvious effect of further empowering lawyers as the ideological leaders and strategists for the social movements, with the price being the ones I described earlier. A less obvious effect is that the public rhetoric of IBSMs in the United States has itself become constitutionalized. This is the grand channeling function of constitutional law for IBSMs: constitutional doctrine not only channels the energies of these social movements and countermovements, but also channels their rhetoric and perhaps even their ideologies into the furrows plowed by judges and law professors. Consider how the foregoing analysis operates at all levels of the politics of IBSMs.”. ESKRIDGE JR, William N. **Channeling: Identity-based social movements and public law**. U. Pa. L. Rev., v. 150: 419, 2001,p. 479-480

⁴⁹ ESKRIDGE JR, William N. **Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition** (2000). *Faculty Scholarship Series*. 1509. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1509> Acesso em: 26/10/19.

Na referida obra, a tese geral é a de que o direito comparado revela a atual pluralidade de regimes legais em relação as uniões homoafetivas, mas também sugere a probabilidade de o pluralismo progredir para declarar o reconhecimento de uniões entre pessoas do mesmo sexo e para um pluralismo de opções para parceiros do mesmo sexo na maioria dos países. A tese específica seria que a experiência internacional e americana comparada sugere que, mesmo que algumas críticas conservadoras e progressistas sobre o casamento homoafetivo sejam consideradas verdadeiras no curto prazo, a maioria não será derrubada no longo prazo⁵⁰.

Na primeira parte da obra Eskridge detalha a jurisprudência americana sobre casamento homoafetivo através dos casos *Baehr vs. Lewin*, *Zablocki vs. Redhail*, *Turner vs. Safley* que permitem uma desmistificação das ideias utilizadas por progressistas e conservadores como fatores que inviabilizariam este tipo de união e mais do que isso, possibilitam a construção de argumentos⁵¹ sólidos para reconhecimento de direitos destes casais. Na segunda parte há uma análise das legislações de outros países sobre o tema e a primeira conclusão do autor é que o reconhecimento do casamento homoafetivo deriva de um “*step-by-step process*” (processo passo-a-passo) que em regra seguiria as seguintes etapas: lei: 1) revogar leis que criminalizam a sodomia por consenso; 2) igualar a idade de consentimento para relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo e de sexo diferente; 3) proibir a discriminação com base na orientação sexual; 4) proporcionar os casais que de mesmo sexo os

⁵⁰ Ibidem, p. 641.

⁵¹ Destacamos alguns argumentos que Eskridge traça ao longo do texto como: (i) a classificação de sexo não pode ser usada para conferir desvantagens legais, a menos que haja uma justificativa convincente do Estado. Essa justificativa não pode ser o incentivo estatal de papéis de gênero "naturais" (marido e mulher), porque as classificações baseadas no sexo fundam-se na insistência estatal em papéis rígidos de gênero o que limita a escolha individual sem atender a objetivos públicos válidos; (ii) a liberdade de casar-se há muito tempo é reconhecido como um dos direitos pessoais vitais essenciais para a busca ordenada da felicidade por homens livres. Negar essa liberdade fundamental é certamente privar todos os cidadãos do Estado da liberdade sem o devido processo legal; (iii) A negação do reconhecimento estatal de casamentos entre pessoas do mesmo sexo nos mesmos termos que casamentos entre pessoas do mesmo sexo é uma negação de igualdade formal que deve ser especialmente justificada pelo Estado. O princípio da igualdade formal exige que os casais que desejam assumir esses direitos e deveres devam fazê-lo, a menos que haja uma justificativa neutra do Estado para excluí-los; (iv) igualdade formal é uma regra apoiada pela experiência prática e também pela ideia mais abstrata da igual dignidade e personalidade de cada sujeito humano; (v) tribos nativas americanas nos Estados Unidos, reconheceram as uniões entre pessoas do mesmo sexo como casamentos o que demonstra uma origem histórica profunda; (vi) Exigir que a procriação seja uma meta essencial do casamento é algo meramente dogmático, em suma, o casamento é "expressão de apoio emocional e compromisso público" - ou seja, o objetivo unitivo do casamento (em oposição ao objetivo procriador); (vii) o argumento de discriminação sexual para o casamento entre pessoas do mesmo sexo a insistência em papéis rígidos de gênero; (viii) A homofobia, inspirada não apenas pelo nojo que o sexo oral ou anal provoca em muitos americanos, mas é mais inspirado fundamentalmente pelo abandono de papéis tradicionais de gênero por mulheres e homens. Os rígidos papéis de gênero insistidos no argumento de definição. sugerem que, em última análise, é o sexismo que impulsiona essa exclusão, mobilizando assim a força moral e política da jurisprudência de discriminação sexual. ESKRIDGE JR, William N. **Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition** (2000). *Faculty Scholarship Series*. 1509. p. 642-647. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1509> Acesso em: 26/10/19.

mesmos direitos e obrigações que casais heterossexuais; 5) reconhecer as uniões do mesmo sexo como "parcerias registradas" ou similares e 6) permitir expressamente que parceiros do mesmo sexo adotem filhos nos mesmos termos que casais⁵². Este processo de mudança é eminentemente legislativo e geralmente ocorre de forma lenta, permitindo um ajuste gradual da mentalidade da sociedade⁵³. Interessante passagem da obra demonstra como esse ajuste ocorreria em relação a um indivíduo particularizado, *in verbis*:

[...] Paul's experience on the road to Damascus is exceptional; human beings rarely change their fundamental attitudes overnight. But one's anti-gay attitudes-or at least one's willingness to give vent to or act on them-can change as the culture changes. If you are a thirty-year-old man who is sickened by the idea of homosexuality or of "homosexuals," you are highly unlikely to support gay marriage, but you might be open to sodomy decriminalization for practical reasons, such as your belief that the state is wasting its time snooping around people's bedrooms. Yet sodomy decriminalization and a lessening of public condemnation of homosexuality will sooner or (probably) later embolden some of your gay friends, family members, and coworkers to come out of their closets. You will probably be shocked at first, and you can assimilate them as exceptions to your dislike of "homosexuals," but there is a good chance that some of your anti-gay attitudes will soften you as you enter middle age.³ Over time, maybe a long period of time, your interaction with gay people might open you up to acquiescing in anti discrimination laws, for your experience has been that gay coworkers are okay and that anti-gay workers are troublemakers. You could still oppose same-sex marriage but even this attitude might bend when your daughter partners with another woman and you and your spouse integrate her into your extended family in a variety of ways. Because your other children have long known your daughter's orientation, they are cool with the issue more generally. As each step in the progression towards gay equality encourages more people to be openly gay, not only can middle-aged homophobic attitudes change, but the attitudes of new generations might start out less homophobic. These changes will support gay equality. The foregoing is however, only one among several possible scenarios. Because the homophobe may have a traumatic experience that confirms his dislike or simply ignores or denies positive information, his preexisting anti-gay attitudes may be completely resistant to change.[...].⁵⁴

⁵² Ibidem, p. 647.

⁵³ Consoante o autor, *in verbis* "The recurrence of the same pattern in country after country suggests this paradox: the law cannot move unless public opinion moves, but public attitudes can be influenced by changes in the law. For gay rights, the impasse suggested by this paradox can be improved or broken if reform advocates move step by step along a continuum of small reforms. There are several pragmatic reasons why this step-by-step process can break the deadlock for a period of time. Step-by-step change allows for a gradual adjustment of the anti-gay mindset, slowly strengthens gay rights defenders, and may discredit anti-gay arguments" ESKRIDGE JR, William N. **Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition** (2000). *Faculty Scholarship Series*. 1509. p. 648. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1509> Acesso em: 26/10/19.

⁵⁴ Segue tradução nossa: "A experiência de Paul no caminho para Damasco é excepcional; os seres humanos raramente mudam suas atitudes fundamentais da noite para o dia. Mas as atitudes anti-gays - ou pelo menos a vontade de dar vazão ou agir sobre elas - podem mudar à medida que a cultura muda. Se você é um homem de trinta anos que está enojado com a ideia de homossexualidade ou de "homossexuais", é altamente improvável que

Fato é que a revogação das leis que criminalização a sodomia tem o condão de remover a objeção popular as leis anti-discriminação e facilita as condições políticas para tais leis. A revogação das leis de sodomia incentiva que os homossexuais manifestem publicamente a sua orientação sexual e que outros membros se organizarem e pressionem politicamente por outras garantias de igualdade. Assim, quanto mais difundido se torna o reconhecimento, maior atenção os políticos e juízes prestarão aos seus argumentos por direitos legais iguais⁵⁵.

2.5 HISTÓRIA DO MOVIMENTO LGBT NO BRASIL

A história do movimento LGBT no Brasil tem suas origens em meados dos anos 1970 junto com o movimento feminista e o movimento negro. Nesta época havia o predomínio de homens homossexuais (logo em seguida as mulheres lésbicas também começavam a se afirmar de modo mais autônomo). O surgimento do movimento homossexual tem como finalidade a reivindicação de direitos universais e civis e o pano de fundo era a redemocratização⁵⁶.

A análise histórica que adotaremos será a conjecturada pela autora Regina Facchini que divide o movimento em “três ondas” que serão expostas a seguir⁵⁷.

apoiar o casamento gay, mas pode estar aberto à descriminalização da sodomia por razões práticas, como sua crença de que o estado está perdendo seu tempo bisbilhotando os quartos das pessoas. Contudo, a descriminalização da sodomia e a diminuição da condenação pública da homossexualidade mais cedo ou (provavelmente) mais tarde encorajam alguns de seus amigos gays, familiares e colegas de trabalho a saírem de seus armários. Você provavelmente ficará chocado no começo e poderá assimilá-las como exceções à sua aversão aos "homossexuais", mas há uma boa chance de que algumas de suas atitudes anti-gays o amolecerão quando você entrar na meia-idade. talvez um longo período de tempo, sua interação com pessoas gays possa abrir você para concordar com as leis antidiscriminação, pois sua experiência foi de que colegas de trabalho gays estão bem e que trabalhadores anti-gays são causadores de problemas. Você ainda pode se opor ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas mesmo essa atitude pode mudar quando sua filha faz parceria com outra mulher e você e seu cônjuge a integram à sua família ampliada de várias maneiras. Como seus outros filhos conhecem a orientação de sua filha há muito tempo, eles são legais com o problema de maneira mais geral. À medida que cada passo na progressão rumo à igualdade gay incentiva mais pessoas a serem abertamente gays, não apenas as atitudes homofóbicas de meia idade podem mudar, mas as atitudes das novas gerações podem começar menos homofóbicas. Essas mudanças apoiarão a igualdade gay. O precedente é, no entanto, apenas um dentre vários cenários possíveis. Como o homofóbico pode ter uma experiência traumática que confirma sua aversão ou simplesmente ignora ou nega informações positivas, suas atitudes anti-gays preexistentes podem ser completamente resistentes à mudança”. ESKRIDGE JR, William N. **Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition**. McGeorge L. Rev., v. 31. 1999. p. 650.

⁵⁵ Ibidem, p. 651.

⁵⁶ FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região, organizador. Psicologia e diversidade sexual. São Paulo: CRPSP. 2011. p. 12-13.,

⁵⁷ As obras de Regina Facchini serão adotadas como referência na exposição das três ondas, tais sejam: SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. Editora Fundação Perseu Abramo, 2009; FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. Conselho Regional

I) primeira onda (1978-1983): Em conjunto com as mudanças requisitadas pelo movimento feminista e pelo movimento negro, o movimento homossexual surge e propunha a abolição de determinadas hierarquias sociais relacionadas ao gênero e a sexualidade. O jornal *Lampião da Esquina* (Rio de Janeiro) e o grupo *Somos de Afirmação Sexual* (São Paulo) foram as duas principais referências no período e serviam como espaços para afirmação da diversidade sexual.

A característica comum do movimento neste período é a oposição e a reação a ditadura o que também reverberava na estruturação e organização dos coletivos que se mantinham distantes da institucionalização e evitavam a centralização do poder. A identidade coletiva homogeneizava os membros, pois todos deveriam ser vistos como uma “comunidade de iguais” onde as diferenças dos integrantes considerados individualmente não deveriam ser valorizadas.

O *Somos* admitia apenas homossexuais e funcionava com “reuniões de identificação” através de compartilhamento entre os membros de suas experiências pessoais. O primeiro encontro de homossexuais ocorre no Rio de Janeiro em 1979 onde se define a necessidade de reivindicação do respeito à “opção sexual” na Constituição Federal e a exclusão da homossexualidade como patologia. Em 1980 surge um grupo lésbico a partir da cisão do *Somos* (o grupo *Somos* é dissolvido em 1983).

Já o *Lampião da Esquina* foi um jornal com uma linguagem própria e visão contestadora que questionava o senso comum que percebia os homossexuais como doentes e passou a entendê-los como minoria oprimida. As matérias e artigos deste jornal possuíam ampla variedade de temas (em 1981 o jornal *Lampião* encerra suas atividades).

No começo da década de 1980 outros grupos ativistas surgiram em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Salvador e outras cidades.

II) segunda onda (1984 – 1992): Este momento é marcado pela eclosão do HIV/Aids o que enfraqueceu o movimento e desarticulou diversos grupos de minorias sexuais (havia uma forte associação da doença com a sexualidade, tanto que era chamada de “câncer gay” ou “peste gay”). Os ativistas então passam a se articular para combater a doença diante da morosidade do

de Psicologia da 6ª Região, organizador. *Psicologia e diversidade sexual*. São Paulo: CRPSP, 2011; FACCHINI, Regina. Sopa de letrinhas. **Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos**, v. 90, p. 109, 2005.

governo brasileiro. Assim, os militantes homossexuais promoveram as primeiras mobilizações através de assistência solidária e formulando demandas junto ao poder público.

A AIDS fez com que os grupos homossexuais tivessem duas posturas 1) alguns criticavam o controle médico e adoção de medidas de combate a doença, vez que havia receio que o engajamento na luta contra AIDS estigmatizasse ainda mais a noção da sociedade que relacionava a sexualidade com a doença; 2) outros sentiram a necessidade de enfrentamento da doença através de assistência e de pleitos para obter ajuda governamental. A segunda postura adotada maioritariamente facilitou a atuação estatal, tanto que os Estados e a União criaram o Programa Nacional de DST/Aids através do Ministério da Saúde em 1988⁵⁸.

Desta forma surge um novo relacionamento entre o movimento homossexual e o governo, pois os grupos se formalizam como ONGs ou associações e passam a receber verbas estatais para atuar em face do vírus HIV. A situação em si envolve problemáticas como a definição de grupo de risco o que apenas legitima e reforça o estigma, mas isso permitia políticas públicas e repasse de verbas do governo⁵⁹. O período é marcado por uma diminuição da atuação com a finalidade de transformação social e um aumento de ações mais práticas com foco na garantia de direitos civis e ações contra discriminação e violência. Como dito, os grupos antes informais passam a ter formalidade e o Grupo Gay da Bahia e o Grupo Triângulo Rosa são os primeiros a se formalizarem como associações voltada para os direitos dos homossexuais⁶⁰.

Fato importante nesta etapa foi a adoção do termo “orientação sexual” ao invés de “opção sexual” o que desloca a noção de uma suposta escolha individual e voluntária para uma condição inata. Essa perspectiva permitiu as lutas empreendidas junto a Assembleia Constituinte para que a expressão fosse incluída no artigo que proíbe a discriminação por “origem, raça, cor e idade”, o que não foi feito, mas que gerou mobilizações posteriores para inclusão nas leis municipais e estaduais⁶¹.

III) terceira onda (1992 – dias atuais): Nesse momento há a diferenciação de vários sujeitos políticos internos ao movimento: lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, com foco em demandas próprias. Em 1995, ocorre a fundação da primeira e maior rede de

⁵⁸ CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Arraes Editores, 2018. p. 22

⁵⁹ Ibidem, p. 22.

⁶⁰ FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região, organizador. Psicologia e diversidade sexual. São Paulo: CRPSP. 2011. p. 15.

⁶¹ Ibidem, p. 15.

organizações LGBT brasileiras, a ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis), que reúne cerca de 200 organizações por todo o Brasil, sendo considerada a maior rede LGBT na América Latina que promove ações no âmbito legislativo e judicial. A partir da fundação da ABGLT, multiplicam-se as redes nacionais⁶². As Paradas do Orgulho também nascem neste momento e passam a ocorrer em diversas cidades do Brasil. Quanto a questão o combate ao HIV, as políticas relacionadas a direitos humanos começam a surgir, culminando em 2004 na criação do programa Brasil sem Homofobia. Além da atuação junto ao Poder Executivo, há todo um trabalho junto aos parlamentares de sensibilização para que encampem suas pautas ou mesmo tentativa de eleição de parlamentares LGBT. A esse trabalho de sensibilização e dá-se o nome de incidência política ou *advocacy*⁶³. Perante o Poder Judiciário inúmeras demandas das minorias sexuais passaram a ser julgadas.

Neste contexto e principalmente em função do caminho de incidência política e visibilidade massiva em que o movimento LGBT se enveredou é que permitiu a judicialização de suas demandas.

2.6 A CIDADANIA SEXUAL: O ATUAL CONTEXTO BRASILEIRO

O desenvolvimento das reivindicações – do movimento LGBT – dentro de uma formatação jurídica com o intuito de influenciar no significado das normas constitucionais demonstra a atual configuração das reivindicações. Segundo Daniel Carvalho Cardinali:

Os movimentos sociais possuem uma série de canais e estratégias para demandar seus direitos, que vão desde a atuação institucional perante as Cortes, legislaturas e órgãos da Administração Pública, até uma atuação extra-institucional mais fluída com a busca de mudanças culturais e de mentalidade e de mutações constitucionais. No que tange a atuação institucional, é comum que estes movimentos acionem vários canais, por exemplo, propondo simultaneamente projetos de lei e ações constitucionais, num esforço constante de obter sucesso em suas demandas, por uma via ou outra. O recurso recente à judicialização, entretanto, representa em alguma medida a valorização da arena judicial por estes movimentos em detrimento de outros canais, em grande parte relacionada à superação de concepção do Poder Legislativo como espaço exclusivo privilegiado de disputa política, que vem a reboque de uma crise de legitimidade que atinge os parlamentos e uma dificuldade de fazer avançar nestes espaços determinadas bandeiras. Este processo é especialmente verdadeiro no caso do movimento LGBT, a partir

⁶² Ibidem, p. 16.

⁶³ Ibidem, p. 17.

de uma “agenda mais propositiva e inclusiva em relação ao Judiciário”, uma vez que os espaços políticos majoritários encontram-se cerrados a suas demandas, “sendo o direito a nova linguagem dessa disputa política”⁶⁴. Neste sentido, a importância que o Judiciário assumiu na agenda do movimento LGBT nacional deve ser pensada diretamente “à luz das dificuldades de se gerarem em acordos no âmbito do legislativo”^{65 66}.

Propomos nesta alínea a análise do Direito como forma de emancipação social para o movimento LGBT. Desta forma, a abordagem será guiada pelas obras de Adilson José Moreira⁶⁷ que melhor se apresentam para o estudo, tendo em vista a correlação que o autor faz entre minorias sexuais e o Direito, através da noção de “cidadania sexual” além de um diálogo com a obra de Eskridge.

O processo de restauração e consolidação da democracia no Brasil proporcionou a mobilização de diversos movimentos sociais. Em geral, essas reivindicações tinham por escopo a luta pela igualdade, reconhecimento social e iguais oportunidades entre os grupos estigmatizados e os demais grupos da sociedade. Os representantes desses segmentos defendiam que a Constituição proíbe a exclusão social e tal interpretação para a mobilização dos homossexuais nestes últimos 30 (trinta) anos serviu de parâmetro e possibilitou a articulação política dos movimentos sociais⁶⁸.

Houve avanços e vários direitos foram conquistados culminando na recente equiparação jurídica entre casais homossexuais e heterossexuais. Todavia, surge uma grande oposição e resistência contra tal decisão do Supremo Tribunal Federal, em especial, por lideranças religiosas e políticas que argumentam⁶⁹ a desestruturação social, e a desconfiguração

⁶⁴ CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Arraes Editores, 2018. p. 35 apud CARDOSO, E. L. C. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012

⁶⁵ Ibidem, p. 35 apud AGUIÃO, Silvia; VIANNA, Adriana; GUTTERRES, Anelise. **Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas**. O mundo da participação, p. 242.

⁶⁶ Ibidem, p. 35.

⁶⁷ MOREIRA, Adilson José. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas**. Arraes Editores, 2017; MOREIRA, Adilson José. **Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016.

⁶⁸ MOREIRA, Adilson José. **Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016. p. 10-11.

⁶⁹ “[...] Segundo eles [lideranças religiosas e políticas], essa instituição tem sido pensada como a união de dois adultos de sexos opostos que ocupam papéis claramente definidos dentro de uma relação matrimonial. Políticos e juristas argumentam que uniões homossexuais e heterossexuais são essencialmente diferentes, motivo pelo qual o nosso sistema jurídico não deveria equipará-las. Além de ser uma condição essencial para a procriação, alegam esses atores sociais, a diversidade de sexos dos pais é uma condição para o desenvolvimento psicológico infantil saudável, sendo um mecanismo facilitador da formação da identidade heterossexual.” MOREIRA, Adilson José.

tradicional da família. Essa oposição pode ser resumida como “política da virtude moral⁷⁰” que visa preservar a heterossexualidade como fundamento da ordem social. Através dela muitos tribunais brasileiros (até de forma consolidada) negavam proteção jurídica a casais formados por pessoas do mesmo sexo, através da premissa de que normas jurídicas reproduzem a moralidade da ordem natural (superioridade moral da heterossexualidade em relação à homossexualidade). Inúmeras cortes reiteravam que a diversidade de sexos é essencial para o acesso à união estável e ao casamento, embora houvesse um consenso de que uniões homoafetivas poderiam ser sociedades de fato (o que garantiria a divisão do patrimônio entre os parceiros), muitos tribunais decidiam que os demais direitos matrimoniais se restringiam a casais heterossexuais⁷¹.

Para os defensores da denominada “política da virtude moral” o Direito deveria manter o consenso cultural sobre a regulação das relações humanas tanto no espaço público como no espaço privado. As normas seriam reflexo da moralidade social e os operadores de direito deveriam interpretar seguindo tal orientação. O sistema jurídico preservaria e garantiria a permanência dos arranjos sociais dos grupos majoritários. Desta forma, a compreensão de moralidade da maioria legitimaria as ações estatais e a interpretação de normas jurídicas. No entanto, as decisões judiciais recentes propagam a noção de reconhecimento da igual dignidade das minorias sexuais e de condições materiais e institucionais para a existência digna, sendo que o conceito de cidadania é utilizado como categoria abrangente dessas duas esferas de existência⁷².

A denominada “cidadania sexual” como princípio atualmente utilizado no controle de constitucionalidade tem como pressupostos: (i) a igualdade relacional que visa eliminar as

Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016. p. 11-12.

⁷⁰ “[...] política da virtude moral que procura preservar a heterossexualidade como fundamento central da ordem social. Aqueles que defendem essa posição sugerem direta e indiretamente que os princípios do direito natural devem nortear a interpretação das normas jurídicas. Eles implicam a superioridade moral da heterossexualidade em relação à homossexualidade, motivo pelo qual as instituições estatais não deveriam tratar homossexuais e heterossexuais igualmente, pois isso promove um estilo de vida condenável. Segundo os propositores desse discurso social, a heterossexualidade é uma expressão normal da sexualidade humana. Além de um requisito fundamental para a reprodução, ela também é um princípio de organização social e política, afirmam esses indivíduos. Os relacionamentos heterossexuais teriam uma dignidade intrínseca porque contribuem para a sobrevivência da nação, o que está longe de ser o caso das uniões homoafetivas. Para os que defendem essa posição, a proteção jurídica de homossexuais é um obstáculo à realização do interesse estatal na reprodução, pois encoraja uma forma de orientação sexual que objetiva apenas o prazer individual” MOREIRA, Adilson José.

Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016. p. 13.

⁷¹ *Ibidem*, p. 12.

⁷² MOREIRA, Adilson José. **Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality.** Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 48, 2016. p. 14-15.

hierarquias entre heterossexuais e homossexuais; (ii) o Estado Democrático de Direito no qual a igualdade é mecanismo de emancipação derivados de princípios mandamentais que obrigam o Estado a criar mecanismos para eliminar marginalização. (iii) pluralismo social pelo qual Estado é agente de transformação social o que também deve guiar a interpretação de normas jurídicas; (iv) a cidadania sexual é um princípio jurídico, ou melhor, um parâmetro de interpretação da igualdade decorrente de uma dimensão específica da dignidade humana. Arregimenta diversos direitos que permitem a liberdade sexual, adquirindo o status de postulado normativo que orienta a forma da interpretação de normas legais; (v) o princípio democrático, dado que a cidadania sexual pressupõe um processo de democratização do espaço público para a paridade de participação de minorias sexuais na vida política e da politicização da esfera privada através da extinção de relações hierárquicas nessa dimensão⁷³. Em suma, a “cidadania sexual” é a base sobre a qual busca-se acesso aos direitos e defesa da autonomia moral, partindo do ideal de liberdade na constituição e do desenvolvimento das democracias liberais. Tal cidadania designa uma dupla noção de liberdade (i) aquela que se aplica no espaço público, o tratamento igualitário e (ii) a que se aplica no espaço privado, a possibilidade de fazer escolhas pessoais.

A noção de cidadania sexual encontra legitimidade dentro do texto constitucional, vez que as funções dos direitos fundamentais constitucionalizados possuem uma dupla dimensão: (i) subjetiva, que são os limites ao poder estatal face as garantias individuais e também a necessidade de atuação estatal para realização destes direitos; (ii) objetiva, que impõe o Estado a promoção de um projeto político baseado nos valores da sociedade democrática, nos princípios constitucionais⁷⁴. A cidadania sexual dentro da Constituição demonstra sua natureza de princípio emancipador e também ratifica o denominado constitucionalismo transformador. Nas palavras de Adilson José Moreira:

As decisões que estenderam tratamento igualitário aos casais homossexuais identificam uma correlação entre sexualidade e democracia, consideração que sugere uma compreensão da igualdade como um princípio emancipador. Esse caráter também caracteriza o projeto de transformação social presente na Constituição Federal, projeto baseado em um compromisso com a construção de uma sociedade igualitária. Essa empreitada implica a existência de um esforço pela transformação das instituições sociais e políticas como também das relações de poder que existem dentro de uma sociedade. Um projeto dessa natureza requer reformas substanciais para que uma nação possa chegar ao ideal de ser uma comunidade política democrática na qual práticas inclusivas

⁷³ Ibidem, p.15-16.

⁷⁴ Ibidem, p. 26.

permitam o gozo das mesmas oportunidades. O que tem sido chamado de constitucionalismo transformador procura então criar uma sociedade altamente igualitária, respeitadora do pluralismo social e que estimula novas formas de democracia participativa. Essa forma de se compreender o sistema jurídico está associada ao aparecimento de textos constitucionais que possuem um caráter claramente substantivo. Isso significa que eles incorporam valores como justiça social e igualdade material, preceitos que estabelecem uma concepção de cidadania e também uma noção de estado. Se a primeira categoria é um princípio que pretende articular diferentes categorias de direitos, a segunda indica que o estado deve ser um agente de transformação social. No caso brasileiro, esse compromisso com uma concepção substantiva de cidadania está presente, além do artigo terceiro já citado, no preâmbulo da carta constitucional, onde identificam os princípios que regulam a ordem jurídica brasileira: a construção de um regime democrático legitimado pela efetivação de princípios tais como a igualdade e liberdade, o desenvolvimento harmonizado com o bem-estar de todos, a justiça social e o respeito pelo pluralismo, além da afirmação da fraternidade como princípio moral e parâmetro de regulação social.

Conforme exposto, Eskridge (ver 2.4) demonstra que o processo de emancipação social das minorias sexuais se opera em estágios desde a descriminalização da sodomia até a legalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo. Tal fenômeno (“*step-by-step*”) reflete em certa medida o que se sucedeu no Brasil. Adilson José Moreira reinterpreta essas fases na perspectiva brasileira para entender o atual contexto e insere a noção de “cidadania sexual”, *in verbis*:

[...] O esquema acima mencionado [estágios demonstrados por Eskridge] também pode ser utilizado para explicar o desenvolvimento do processo de integração de homens e mulheres homossexuais na história recente do nosso país. Embora as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo tenham deixado de ser consideradas como uma atividade criminosa há mais de cento e cinquenta anos, as autoridades brasileiras utilizavam outras normas penais para perseguir homossexuais durante muitas décadas. Recentemente, em função da redemocratização do país, municípios e estados promulgaram leis que proíbem discriminação baseada na orientação sexual. Além disso, vários tribunais começaram a classificar a orientação sexual como um critério proibido de discriminação. A busca pelo reconhecimento das uniões homoafetivas no Brasil também adquiriu ímpeto com a promulgação de um texto constitucional substantivo. Baseados na longa tradição brasileira de conferir proteção jurídica às uniões livres, as nossas cortes aceitaram o argumento de que as uniões homoafetivas poderiam ser comparadas com as uniões concubinárias para fins patrimoniais. As várias ações judiciais solicitando benefícios previdenciários para companheiros homossexuais abriu a discussão sobre a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Os tribunais brasileiros começaram pouco a pouco a comparar as uniões estáveis homossexuais às uniões estáveis heterossexuais, o que permitiu o acesso a direitos previdenciários para todos os casais homossexuais. Mudanças nas atitudes culturais e o crescente número de

decisões reconhecendo casais homoafetivos como entidades familiares abriram caminho para a decisão do Supremo Tribunal Federal que estendeu os direitos da união estável a todos os casais formados por pessoas do mesmo sexo [...] Rejeitando uma concepção da igualdade que a compreende como defesa do universalismo abstrato, a decisão argumenta que iniciativas governamentais devem promover o reconhecimento do pluralismo social e cultural como um valor central da nossa ordem constitucional. A busca pela aceitação de diferentes grupos sociais possibilita a construção de uma democracia genuína, o que enseja uma política do reconhecimento da igual integridade moral dos diversos grupos sociais. De acordo com o ministro relator, esses valores estruturam o nosso sistema jurídico, servindo como orientação para a interpretação das normas constitucionais.[...]75.

As relações entre cidadania e identidade possibilitaram criação de argumentos para legitimar a proteção jurídica de minorias sexuais. Primeiro pelo reconhecimento de que a expressão da identidade faz parte da dignidade da pessoa humana e segundo por entender que a orientação sexual tem vital importância na construção da identidade individual76.

O atual panorama dos tribunais brasileiros na proteção das minorias sexuais fundamenta-se, em suma, pela noção de “cidadania sexual” através de uma interpretação sistemática da Constituição. No entanto, a legitimidade de atuação para ser completa necessita de mecanismos de representação e influência da sociedade e das próprias minorias nas decisões, vez que o STF possui uma legitimidade indireta. Ou seja, a articulação de princípios do ordenamento jurídico brasileiro não esgota a legitimidade das decisões, sendo necessário saber até que ponto as minorias participam das deliberações e se de fato há uma democratização do espaço público permitindo a paridade de participação de minorias sexuais.

⁷⁵ MOREIRA, Adilson José. Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, 2016.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 33.

3 O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELAS MINORIAS

As formas de acesso e os meios para a efetivação dos direitos fundamentais de grupos minoritários - que não possuem representação política - junto as Cortes constitucionais é essencial para a sobrevivência da democracia⁷⁷. Diversos fatores que atuam conjuntamente permitem determinar se tal acessibilidade é mais rígida ou menos rígida como o número de competências da corte; os perfis dos magistrados; a jurisprudência; a história política, social e econômica do país; a história constitucional; a forma de separação de poderes⁷⁸ adotada entre outros.

O cerceamento e o descrédito da via política majoritária para os movimentos sociais, tornou o Judiciário o local para realização de sua agenda. Logo, a necessidade de tratarmos sobre uma das poucas formas de influência sobre a política e sobre as leis pelas minorias é necessário.

Preliminarmente percebemos que a estratégia de grupos minoritários em acessar a Corte para defesa e promoção de seus direitos foi uma via de mão dupla, pois foi causa ou ao menos contribuinte do fenômeno da judicialização da política, ao levar temas – moralmente e politicamente - sensíveis aos tribunais, que não poderiam se omitir (inafastabilidade do poder judiciário). E por outro lado, também, efeito deste fenômeno estabelecido (na seção 03

⁷⁷ José Sampaio destaca que a participação igualitária dos grupos minoritários na política e na tomada de decisões estaria ligada, também, a Jurisdição Constitucional. “[...]. A identificação de grupos sociais, total ou parcialmente excluídos, deve ser buscada sempre por trás da legislação e das medidas administrativas como forma de afastar os atos da maioria que tendam a discriminá-los ou impedi-los de participar ativamente do processo político, tarefa que complementa o exercício de limpeza dos canais das mudanças políticas. [...] garantir uma participação mínima dos grupos sociais menos favorecidos na composição dos tribunais. Imagina-se que a presença de grupos minoritários permitirá o desenvolvimento de uma sensibilidade mais apurada e de um empenho muito maior na realização da tarefa de inclusão das minorias nos processos decisórios da sociedade. Lembremos, por exemplo, que a Corte Suprema do Canadá reserva um terço de seus lugares para juízes de Quebec e lembremos o movimento crescente nos Estados Unidos e no Brasil nesse sentido, que culminou com as designações da Juíza O'Connor e de Marshall, Scalia e Thomas; de Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, respectivamente.” SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição e o Pluralismo na Encruzilhada (I) – A Justiça Constitucional como Guardiã das Minorias Políticas**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, jun./dez. 2003. p. 94

⁷⁸ “[...] a conciliação do constitucionalismo com a democracia exige que se distribuam adequadamente as tarefas entre Legislativo e Judiciário, cabendo àquele, pela força de seu poder representativo da maioria, identificar, sopesar e acomodar os valores fundamentais da comunidade, e ao Judiciário, a missão de garantir o funcionamento do processo político de maneira a permitir que seus canais estejam sempre abertos a todos.[...]” SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição e o Pluralismo na Encruzilhada (I) – A Justiça Constitucional como Guardiã das Minorias Políticas**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, jun./dez. 2003. p. 92

trataremos de forma mais precisa sobre a judicialização da política e de como este fenômeno interfere na legitimidade das Cortes para que possam exercer o seu papel contramajoritário).

Tate corrobora tal entendimento através de vários aspectos, dos quais, elencamos três de sua obra que delineiam de forma mais precisa a questão das minorias. O primeiro seria a política de direitos geralmente firmada em uma declaração de direitos constitucionais, mas principalmente e decisivamente a aceitação do princípio de que indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser cumpridos contra a vontade de maiorias - o que aumenta a participação política dos juízes. Desta forma, quando há legitimidade na atuação na política de direitos, ela se também se estende ao trabalho dos tribunais. O segundo seria o uso dos tribunais por grupos de interesse, pois uma expansão da política de direitos muitas vezes pode vista como a conquista de grupos de interesse que consideram os processos majoritários de tomada de decisão não levem suas opiniões em consideração. Assim, a medida que os grupos descobrem cada vez mais a utilidade dos tribunais na consecução de seus objetivos, eles podem expandir o entendimento de "direitos". O terceiro é a ineficácia das instituições majoritárias, pois se tais grupos minoritários não possuem reconhecimento em um ambiente legislativo - onde prevalece a governo da maioria - a mudança de local para luta de direitos junto ao Judiciário pode ser ao menos uma forma mais aberta de reivindicação e de reconhecimento.⁷⁹

⁷⁹ “ Politics of Rights. A much more relevant condition for the judicialization of politics may be the presence of a “politics of rights,” as several analysts note (see chapter 2 by Vallinder, 19 by Holmström, 9 by Russell, and 22 by Edelman). Such a politics is perhaps more likely to develop if can be founded in a constitutional bill of rights, although the experience of Israel demonstrates that, again, the structural condition represented by a formal, constitutional bill of rights is facilitative but not necessary (see Edelman’s chapter). Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those—the judges—whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities. When legitimacy is accorded to a politics of rights, it spills over to the procedures associated with the work of the courts, who become key players in this politics. With their new legitimacy, these procedures then become archetypes available for use in the many nonjudicial forums into which the politics of rights penetrates. Interest Group Use of the Courts: It would be misleading to leave the impression that the judicialization of politics develops somehow in isolation from the central social and economic interests that structure system politics. In fact the development and expansion of even a politics of rights may often more properly be seen as the achievement of interest groups who find majoritarian decision-making processes not to their advantage (see Holmström’s chapter) than as the product of the devotion of political actors to some elevated vision of human rights. As groups increasingly discover the potential utility of the courts in the achievement of their objectives, they may be able to expand the understanding of “rights” to include interests that may appear to some to be only remotely connected to any constitutional foundation in a formal bill of rights. The politics of rights may become distinguishable from the politics of interests only in its relatively more legalistic discourse. [...]. Ineffective Majoritarian Institutions: There are no doubt many conditions affecting the desire and ability of political oppositions and interest groups to drag or entice judiciaries into disputes that many argue should be left to majoritarian decision-making processes. As noted, one condition is the presence of a politics of rights. If the opposition can redefine a “legislative” dispute as one that involves a “right,” it can shift it from a forum in which the majority’s right to rule is accepted, into one in which minorities are acknowledged to have rights that can be asserted against majorities by nonmajoritarian institutions like courts.” TATE, C. Nate. VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. NYU Press. 1995. p. 29-31.

A construção desta agenda pelas minorias junto a Justiça passou também pela necessidade de adequação a uma linguagem jurídico-constitucional e na adoção de estratégias específicas para implementação de seus objetivos. O Judiciário é um espaço de atuação menos acessível, no qual se exige uma argumentação jurídica e articulação de elementos da dogmática jurídica. A absorção da linguagem de direitos e da dinâmica do Poder Judiciário pela sociedade civil e pelas minorias, o que envolve técnica jurídica e procedimentos próprios, afeta o seu modo de ação. Assim, as entidades sociais passaram a incorporar advogados em seus quadros funcionais⁸⁰.

O litígio estratégico⁸¹ foi a forma adotada por alguns grupos para possibilitar uma mudança social, o reconhecimento de direito e a promoção de políticas públicas (devemos salientar que a luta por direitos de casais gays ocorreu nos tribunais, mas foram indivíduos específicos lutando por direitos individuais, somente depois os direitos de gays e lésbicas foram classificados como direitos difusos). A litigância estratégica se utiliza da advocacia *isso-oriented* ou *policy-oriented* que visa um impacto social – também político e cultural indiretos - através de um determinado caso (caso paradigmático).

Particularmente e ironicamente, no Brasil, o STF pouco enfrenta questões que envolvem direitos fundamentais de forma mais direta. Sua pauta é esmagadoramente composta por discussões corporativas e do Estado. Estudo empírico realizado por Costa e Benvindo⁸²

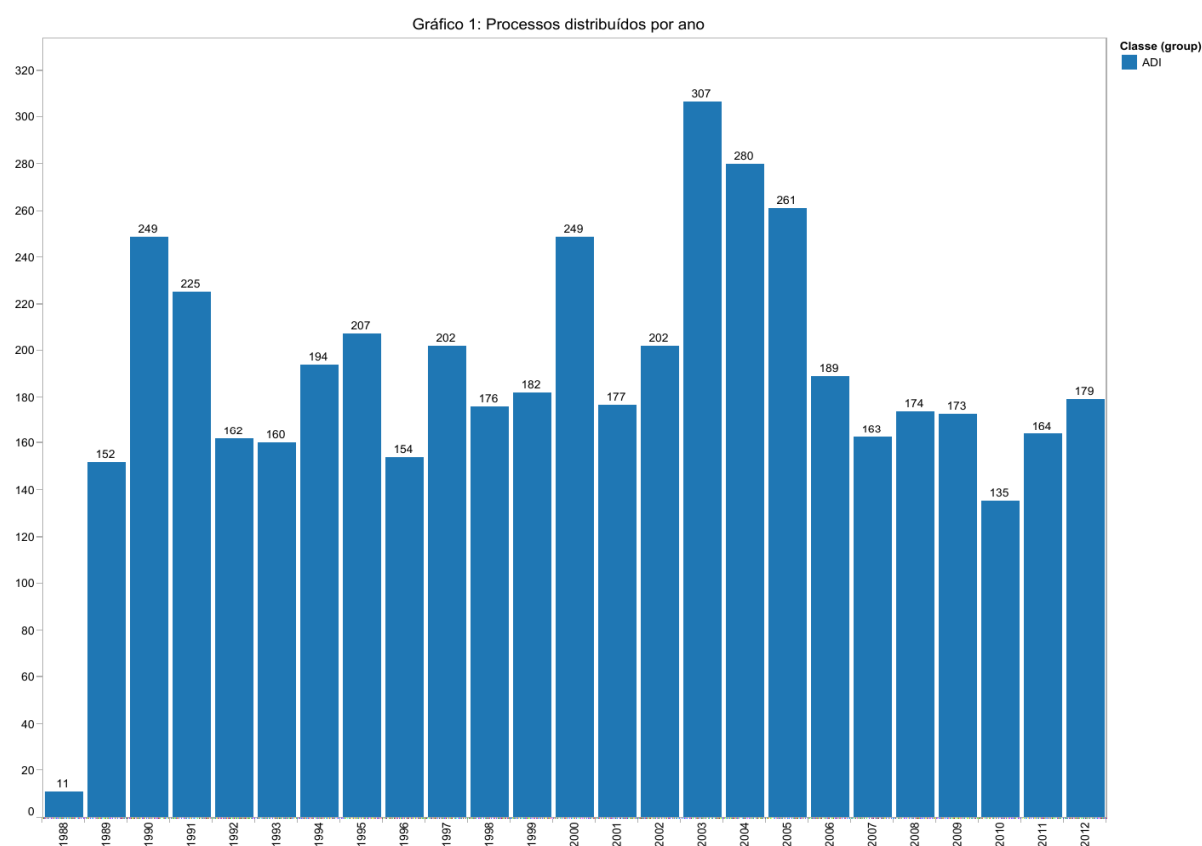
⁸⁰ CARDOSO, E. L. C. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. 2012. 134 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁸¹ Neste sentido Evorah Cardoso define: “Litígio estratégico’, ‘litígio de impacto’, ‘litígio paradigmático’, ‘litígio de caso-teste’ são expressões correlatas, que surgiram de uma prática diferenciada de litígio, não necessariamente relacionada ao histórico da advocacia em direitos humanos. O litígio estratégico busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramentas para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes, para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Trata-se de um método, uma técnica que pode ser utilizada para diferentes fins/temas. O objetivo de quem litiga não se limita à solução do caso concreto (justiça individual), como a reparação da vítima. Nesse sentido, o litígio estratégico é bastante diferente da forma tradicional de advocacia. É possível contrapor uma advocacia client-oriented a um novo tipo de advocacia, *issue-oriented* ou *policy-oriented*. Basicamente a primeira vale-se do direito para atender às demandas e aos interesses do cliente. A segunda busca o impacto social que o caso pode trazer, como o avanço jurídico em um determinado tema, aplicando o método de litígio estratégico. Com esse fim, as entidades de advocacia *policy-oriented* costumam ter um trabalho preliminar de escolha do caso paradigmático, conforme o seu potencial impacto social no tema ou na política tidos como prioritários na agenda da entidade. Este trabalho as entidades *client-oriented* não costumam ter, pois atendem a um determinado público, conforme a demanda ou os limites orçamentários da entidade. Entidades de advocacia *client oriented* também podem exercer litígio estratégico, mas geralmente de maneira *ad hoc*, quando são levadas pelo caso a planejar estratégias de impacto social.”. CARDOSO, E. **Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise de casos da Corte Interamericana**. São Paulo: Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado).

⁸² COSTA, Alexandre e BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**.

corroborar essa afirmação. A pesquisa analisou todas as decisões em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012 que representam 94% de todos os processos ajuizados no período em controle de constitucionalidade concentrado (as demais ações ADC, ADPF e ADO representam apenas 6%, elas foram retiradas do objeto de estudo) e concluiu que apesar do discurso majoritário de que a Corte tem como função precípua a defesa dos direitos, garantias fundamentais e luta por direitos da sociedade, o controle concentrado de constitucionalidade em verdade revela-se um grande instrumento para a defesa de interesses corporativos. Alguns dados devem ser mencionados para entendermos esse contexto e verificar que além da Corte Constitucional ser preenchida por interesses corporativos e empresariais, a mesma soluciona poucas questões de direitos fundamentais. Os processos que ingressaram desde 1988 até o ano de 2012 equivalem a 4.727 ADIs. Dos processos distribuídos nota-se que não houve tendência de aumento ou quedas expressivas permanecendo uma média de 200 processos anuais.

Gráfico 3 - Processos distribuídos por ano

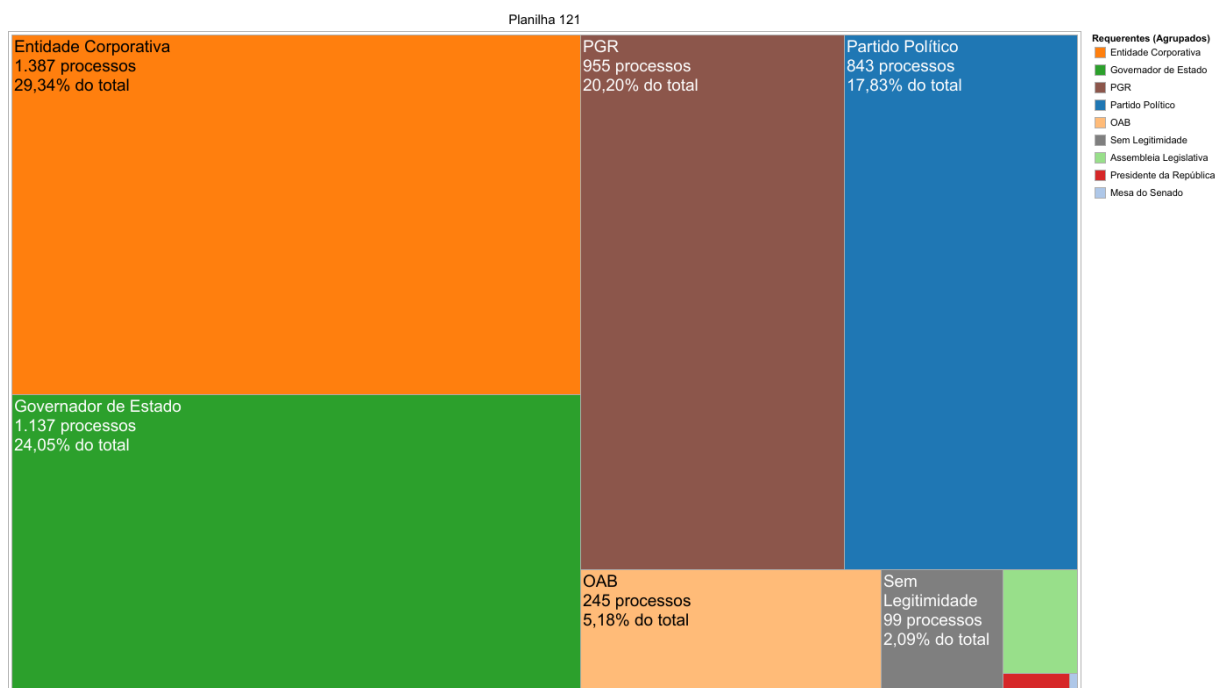


Fonte: COSTA e BENVINDO, 2014

De todos esses processos distribuídos, podemos verificar no gráfico logo abaixo (Gráfico 3.1) o perfil dos demandantes das ADIs pela quantidade, e podemos identificar três grupos: 1) Demandantes de grande porte que são representados por 4 entes, sendo que cada qual corresponde a mais de 15% das ações propostas e juntos compõem 90% do total de demandas: a) Entidades Corporativas; b) Governadores de Estado/DF; c) PGR e d) Partidos Políticos; 2) Demandantes de médio porte que é a OAB que possui aproximadamente 5% dos processos; 3) Demandantes de pequeno porte como Assembleias Legislativas, Congresso Nacional e Presidente da República que somam 1% das demandas⁸³.

Correlacionando os dados com o presente estudo, interpretaríamos a princípio que movimento LGBT e as demais minorias se adequariam como Entidades (art. 103, IX, CF) e que certamente devem ter suas demandas dentro deste grupo, mas como apuraremos, tratam-se apenas de Associações e Confederações ligadas a atividades econômicas e trabalhistas (Entidades Corporativas), vez que o STF adotou uma jurisprudência defensiva que cerceou o acesso as minorias.

Gráfico 3.1 – Perfil dos demandantes



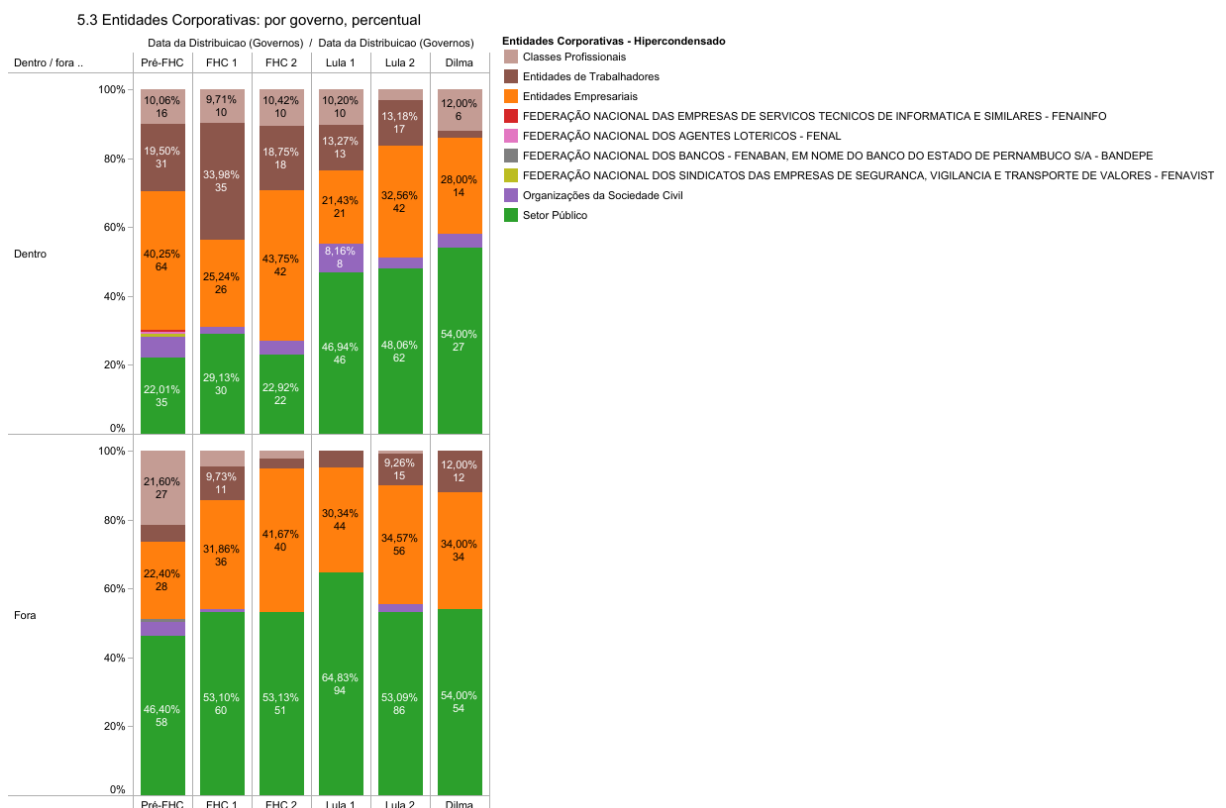
Fonte: COSTA e BENVINDO, 2014

⁸³ Ibidem, p. 24.

Se “ampliarmos” a parte laranja (Gráfico 3.1) poderemos analisar quais Entidades mais demandam junto ao STF (Gráfico 3.2). Notamos (Gráfico 3.2) que a esmagadora parte é formada por entidades corporativas do setor público o que indica o uso de ADIs para solucionar normas do Estado sobre servidores e organização administrativa. As entidades de trabalhadores e empresariais também tem seus pleitos vinculados a interesses de cada categoria. Os dados demonstram de forma mais evidente a impermeabilidade do STF as demandas propostas diretamente pela sociedade civil.⁸⁴

Poder-se-ia questionar que apesar de não haver acesso direto ao STF pelas minorias ou sociedade civil, os demandantes como PGR, OAB ou que Partidos Políticos poderiam ajuizar ações sobre direitos fundamentais em substituição a sociedade. No entanto, os dados revelam (Gráfico 3.3 e Gráfico 3.4) uma baixa propositura de ADIs por parte dos demandantes sobre essa temática.

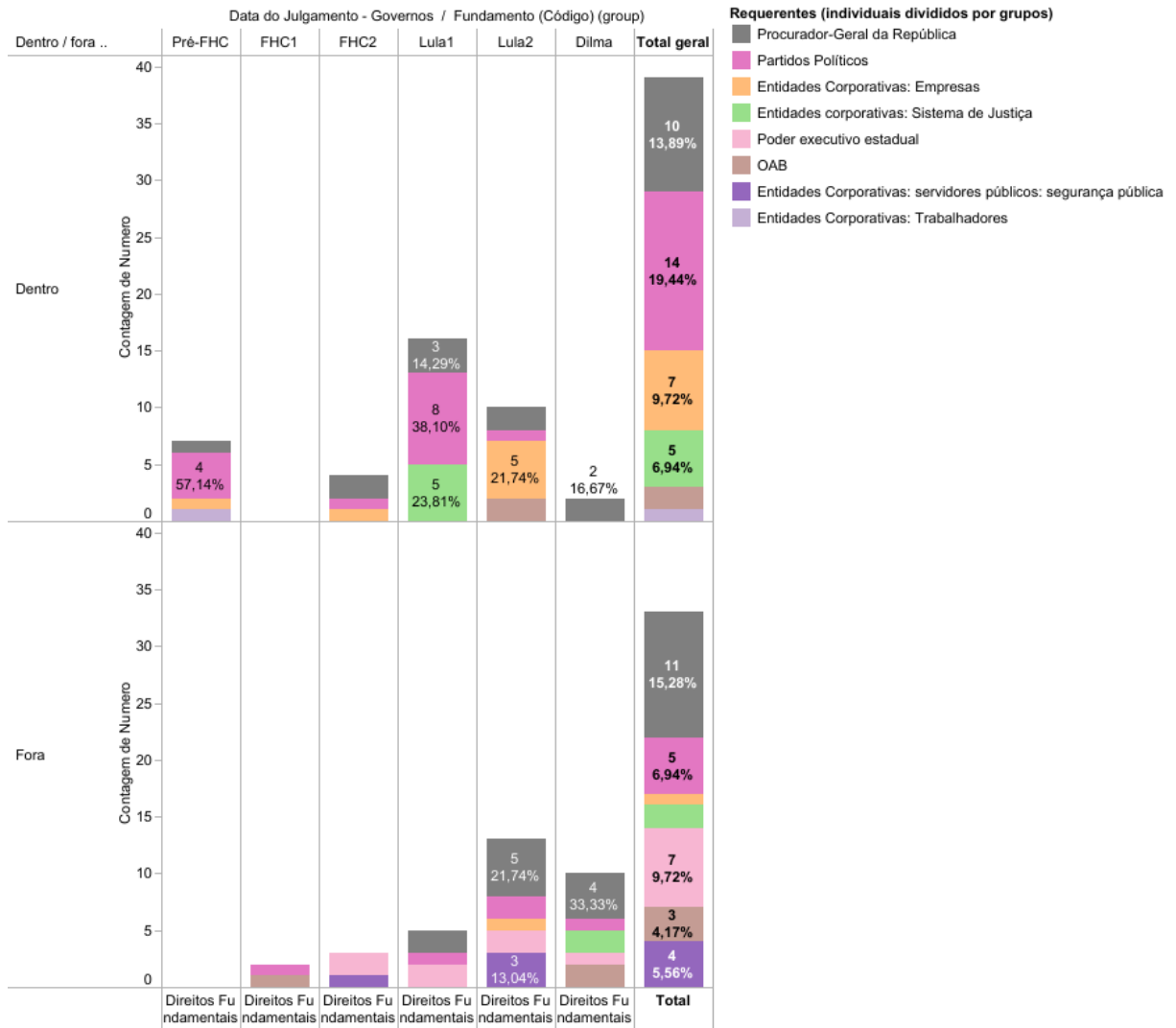
Gráfico 3.2 – Entidades Corporativas: por governo, percentual



Fonte: COSTA e BENVINDO, 2014

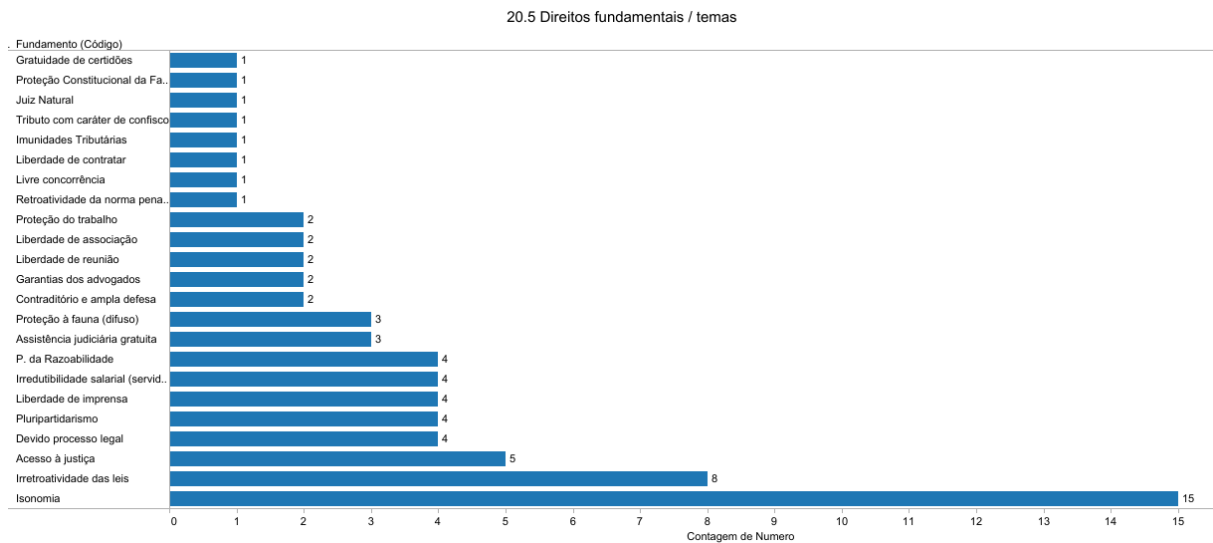
⁸⁴ Ibidem, p. 29-31.

Gráfico 3.3 – Direitos fundamentais: julgamento por governo



Fonte: COSTA e BENVINDO, 2014

Gráfico 3.4 – Direitos fundamentais/temas



Fonte: COSTA e BENVINDO, 2014

Os números demonstram a contraditoriedade entre a Constituição Federal e consequentemente o STF que no Controle de Constitucionalidade deveriam privilegiar os direitos fundamentais, mas acabam por restringi-los. Sarmiento resume este fato da seguinte forma:

[...]Parto da premissa, que compartilho com Barroso de que esse é um papel importante dos tribunais constitucionais, que devem se abrir aos influxos provenientes da sociedade civil, de modo a potencializar a participação democrática dos diferentes grupos sociais no âmbito da hermenêutica constitucional. Porém, diferentemente dele, não tenho uma visão tão positiva sobre a forma como a nossa Suprema Corte vem exercendo essa função. Um dos principais problemas nessa área tem relação com o acesso ao STF no âmbito do processo constitucional, que continua injustificadamente seletivo. Houve, é certo, significativos avanços nessa questão em relação ao cenário anterior à Constituição de 1988. Porém, tais avanços ainda são insuficientes. As portas do Supremo estão hoje escancaradas para os interesses estatais, corporativos e econômicos, mas continuam semicerradas para as demandas de grupos vulneráveis, que se aglutinam em torno de outros eixos, como identidade étnica, gênero, classe social sexualidade etc [...]⁸⁵

Vários motivos convergem para uma atuação restrita e contida do STF na proteção dos direitos fundamentais. Dentre elas destacamos que o atual Judiciário - interprete da Constituição de 1988 – adveio de um período ditatorial onde a legalidade era autoritária, ou seja, o Judiciário na época da ditadura militar, ao mesmo tempo que deveria impor limites ao regime militar acabou por outro lado aderindo a sua ideologia, o que influenciou e reverberou no posterior comportamento restritivo.

Devemos lembrar que durante este período (1964-1985) houve intervenção direta do regime militar no Supremo, tanto na alteração da composição numerária⁸⁶, quanto na indicação por consequência da aposentadoria compulsória de outros membros⁸⁷. Não é difícil supor que

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição.** GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2017.p. 386/387

⁸⁶ No site do STF descreve-se brevemente tal influência do governo militar, in verbis: “No período do regime militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de Ministros para dezesseis, acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com base no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>> .Acessado em: 11 outubro 2019.

⁸⁷ “Apesar da pressão constante dos militares sobre o STF – inclusive por meio da nomeação de novos Ministros – o regime militar não chegou ao ponto de fechar a mais alta Corte de Justiça do País, pois isso configuraria a ditadura na sua forma mais primitiva. Por esse motivo, o Supremo permaneceu aberto, mas sob extrema ingerência dos militares, inclusive com a proibição de julgar os habeas corpus em favor de autores de crimes políticos ou contrários à segurança nacional, uma forma de encobrir todas as violências do regime, institucionais e físicas.

os ministros inseridos no período ditatorial, no mínimo, eram selecionados com base em um perfil que se não apresentasse riscos, compactuasse com o regime. A inserção destes membros – dentre os quais muitos permaneceram pós 1988 - certamente influenciou as interpretações constitucionais.

Como veremos mais adiante a própria Ação Direta de Inconstitucionalidade tem uma certa origem controversa e autoritária. Além disso, a necessidade do Supremo em se preservar em um cenário pós-ditatorial pode ter contribuído à atual postura excessivamente restritiva. Werneck descreve sobre a comportamento contido do STF mesmo diante de uma Carta Constitucional que acabara de ampliar os poderes da Corte:

[...] De um lado, portanto, temos um texto constitucional novo e ambicioso, que expande os poderes do STF e amplifica os efeitos e a acessibilidade de suas decisões, sobretudo por meio da transformação da limitada Representação de Inconstitucionalidade na expansiva Ação Direta de Inconstitucionalidade. De outro, esse texto e os poderes nele previstos devem ser interpretados por Ministros cujas carreiras transcorreram em um horizonte muito diferente e muito mais limitado de jurisdição constitucional e de participação judicial na política. Nesse cenário, é possível que crenças sinceras dos Ministros sobre a função judicial – concepções tradicionais sobre função do STF, ainda presentes na composição herdada do regime militar – ajudem a explicar a tomada de decisões limitadoras do controle abstrato de constitucionalidade.[...] Em cenários de democratização recente, em que as regras do jogo ainda não são completamente claras (nem é completamente claro se elas serão respeitadas), faz sentido para um tribunal ser cauteloso em relação a onde ou em quem vai pisar, ainda que o ideal dos Ministros seja o de exercer cada vez mais poder. Decidir questões políticas é uma atividade cujos riscos variam muito dependendo do contexto político. Ser forçado a se pronunciar sobre uma decisão política importante para o governo da vez é uma coisa com instituições políticas e econômicas estáveis e com mais de duas décadas desde o fim regime militar. Era, porém, algo completamente diferente e muito mais arriscado nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988. [...] ⁸⁸

A situação chegou ao auge em 16 de janeiro de 1969, quando três Ministros do STF foram aposentados pelo Ato Institucional nº 5, o AI-5. Hermes Lima, Víctor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva eram considerados de esquerda pelos militares. Ao ouvirem, pela Voz do Brasil, o ato de cassação, outros dois Ministros saíram por discordarem da aposentadoria compulsória: o então Presidente da Corte, Gonçalves de Oliveira, e aquele que seria seu sucessor na Presidência, Antônio Carlos Lafayette de Andrada”. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acessado em: 11/10/2019

⁸⁸ ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Universitas Jus, v. 25, n. 1, 2014.

Barroso destaca que as normas legais deveriam ser reinterpretadas diante de uma nova Constituição, não se aplicando de forma automática a jurisprudência formada no regime anterior. O fenômeno de interpretação do texto desta forma é tida pelo constitucionalista como uma das “patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira”⁸⁹.

José Barbosa Moreira relata o fenômeno da “interpretação retrospectiva” no qual o intérprete ligado um período histórico anterior interpreta o novel texto sem qualquer inovação, cuja visão apenas reproduz a interpretação realizada no sistema anterior.

Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação... em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica⁹⁰.

Há outros argumentos que firmam a posição de uma atuação do STF limitada em relação aos direitos fundamentais, tais como o aspecto processual onde não há meios eficientes para alcançar diretamente a proteção de direitos fundamentais, como ocorre no caso colombiano; as restrições interpretativas adotadas para limitar a legitimidade ativa na propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade; o regimento interno do STF; o grande número de processos; a jurisprudência defensiva que limitou a interpretação das normas de acesso ao tribunal; o número gigantesco de processos na pauta da corte que torna mais árduo o objetivo de filtrar os processos envolvendo direitos fundamentais; não há suporte efetivo para os grupos interessados em defender direitos fundamentais entre outros fatores.

Surge a necessidade, diante de tais fatos, de mudança da Corte, das leis, da forma em que o debate é proposto, sobre a qualificação dos argumentos e de outras circunstâncias. As reformas devem caminhar para permitir uma permeabilidade da Corte Constitucional aos cidadãos, mas principalmente às minorias estigmatizadas como o movimento LGBT por justamente não conseguirem proteger direitos mínimos na via da política majoritária e não apenas isso, constatamos a necessidade de que o Judiciário, particularmente o STF, deve impor determinados bloqueios quando a política majoritária não apenas se omite, mas passa a perseguir as minorias. Desta forma, se as minorias sexuais não são ouvidas pelo Legislativo e

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Editora Saraiva, 2017. p. 76

⁹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição**. Revista Forense, v. 304. 1988.p.152

pelo Executivo, pelo contrário, podem ser até mesmo perseguidas é necessário que o Judiciário as ouça e se necessário com fundamento constitucional imponha determinadas medidas na proteção de tais indivíduos. Por óbvio essa sistemática deve alcançar casos excepcionalíssimos como quando falamos nas minorias (não defende-se uma extensão além do necessário). Por outro lado, a chamada judicialização da política reflete um fenômeno mais vinculado a determinados assuntos corporativos, econômicos entre outros que não são tão caros a democracia se comparado aos direitos fundamentais.

Atualmente, uma associação civil engajada nas causas de minorias sexuais não conseguirá acessar diretamente a corte para defesa de direitos em função de diversas barreiras de caráter político, constitucional, jurisprudencial, social, institucional entre outras. Por mais que os direitos pleiteados sejam os mais nobres possíveis, o sistema vigente apenas autoriza e privilegia o ingresso de determinadas demandas (interesses corporativos, políticos e econômicos).

Lancemos um exemplo hipotético que pode demonstrar os obstáculos enfrentados por uma entidade ligada ao movimento LGBT caso decida questionar uma lei ou ato normativo pela via do controle abstrato e concentrado do STF: 1) Primeiro obstáculo: a possibilidade de propor a ação. Já que o sujeito ativo deve ter a legitimidade para ingressar com a referida ação e a Constituição possui um rol taxativo de postulantes legítimos, o que de plano exclui a entidade (mesmo que a associação possua abrangência nacional ou milhões de associados, ainda sim os filtros colocados impedem um acesso direto); 2) Secundo obstáculo: a necessidade de que a entidade procure algum legitimado (I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional) para que este proponha a ação em seu lugar o que necessariamente exige a “boa-vontade” 3) terceiro obstáculo: o legitimado - que propôs a ação da temática LGBT substituindo a referida entidade - deve ser considerado pelo STF como parte interessada neste tipo de discussão, ou seja, a ação (pertinência temática); 4) quarto obstáculo: ausência de garantia da razoável duração do processo; 5) quinto obstáculo: amplos poderes do relator e do Presidente do Tribunal que tem relação direta com o tempo do processo, sucesso da demanda etc. 6) sexto obstáculo: a entidade (que propôs a demanda por terceiro) poderia tentar se fazer ouvir através do ingresso como *amicus curiae* ou em participação via

audiência pública, todavia a participação está vinculada a aprovação monocrática do relator; 7) sétimo obstáculo: Critérios obscuros para a escolha de quais casos serão julgados e em que ordem; 8) oitavo obstáculo: o acesso direto aos ministros do STF para audiências com os mesmos não possui qualquer regra transparente⁹¹.

O resultado é o impedimento que as demandas das minorias por direitos articuladas se institucionalizem através do STF. A principal causa são os filtros de acesso à corte de caráter “endoprocessual” ou “extraprocessual”. Ademais, a construção dos sentidos do texto constitucional acaba sendo realizada de maneira corporativa, excluindo membros de grupos minoritários e de minorias sexuais em interpretar a Constituição. Dessa maneira é necessário reconstruir determinados institutos e interpretações a fim de promover corte acesso às demandas das minorias no STF.

3.1 ORIGENS DO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle abstrato de constitucionalidade está umbilicalmente unido a Hans Kelsen que propunha a superioridade da Constituição que conviveria com os poderes políticos, em especial o Parlamento. Surge então, a noção de Corte Constitucional que teria a função de "legislador negativo", retirando do sistema as normas contrárias ao texto constitucional, mas sem a legitimidade tradicional de que dispunha os legisladores. Logo, a natureza do controle abstrato era assegurar uma coerência interna no sistema de controle de constitucionalidade⁹².

⁹¹ A sistemática adotada para tratar do exemplo hipotético e dos obstáculos foi inspirada pela obra: NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 155-157. Todavia salientamos que acrescentamos outros itens que são pertinentes ao presente estudo.

⁹² “Kelsen, ao menos nesta época, tinha uma concepção formalista da Constituição, vendo-a como norma jurídica que se coloca no vértice do ordenamento, entendido como sistema hierárquico organizado por graus ou, esquematicamente, como uma escala sobre a qual se colocam as diversas fontes do direito [...] Kelsen entendeu ser necessário prever, na Constituição, um órgão competente para analisar a compatibilidade da produção legislativa com as normas constitucionais. Assim, a Constituição austríaca, de 1920, criou uma Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*), habilitada a realizar o controle da constitucionalidade das leis. Note-se, no entanto, que o pensamento formalista de Kelsen mostrou-se altamente importante para se chegar à ideia de que bastaria um único órgão para analisar a compatibilidade das leis com a norma jurídica fundamental (a Constituição) e, inclusive, para se assimilar o conceito de decisão de caráter abstrato – independentemente das situações concretas – e dotada de efeitos gerais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito Constitucional** – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018, p. 966-967.

3.2 CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A origem do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade no Brasil é permeado pelo autoritarismo de Estado. Para entender as razões que restringiram o acesso à Corte às minorias e sociedade civil pelas ações diretas é necessário retroceder até a promulgação da Constituição de 1891.

O controle de constitucionalidade no Brasil remonta à promulgação da primeira Constituição Republicana de 1891⁹³. O modelo de controle de constitucionalidade adotado era difuso e concreto, de acordo com o decreto executivo nº 843 de 1890, que posteriormente foi alterado para abrigar diversas competências ao STF, gerando uma amplificação de seu poder para garantir justamente sua independência face aos poderes majoritários. A dimensão dada à Corte Constitucional desde o início da República é um fator que se reverberou e está presente até os dias atuais.

Dentre essas competências inseriu-se o controle de constitucionalidade difuso e concreto inspirado no direito constitucional norte-americano originário da decisão *Marbury vs. Madison*. Contudo, essa influência e mimetização do controle de constitucionalidade norte-americano ao cenário brasileiro chocou-se com a tradição jurídica romano-germânica vigente no país, o que gerou certa ineficiência⁹⁴.

Com a Constituição de 1934, há uma transformação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, pois implementou-se um caso específico de controle por via principal e concentrado, de competência do Supremo Tribunal Federal: a denominada

⁹³ Constituição Federal de 1891. “Art. 59, § 1o. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”

⁹⁴ Neste sentido, Gustavo Binbenbojm afirma que: "Não se deve olvidar, entretanto, que o referido sistema foi plagiado da matriz norte-americana, vinculada à tradição anglo-saxônica do *common law*. Assim, representando, embora, inegável avanço, do ponto de vista democrático, pelo acesso direto à Constituição que proporciona às partes em litígios e aos juízes e tribunais, tal sistema exibiu, desde logo algumas deficiências e outras tantas inconveniências, decorrentes de sua adoção em um país herdeiro da tradição jurídica romano-germânica. A divergência de entendimentos entre juízes e mesmo, por vezes, entre tribunais, associada à inexistência de um sistema de vinculação aos precedentes, como o *stare decisis*, no direito anglo-saxônico, sempre foi geradora de incertezas e insegurança jurídicas. Por outro lado o sistema não oferecia solução para o problema da multiplicidade de demandas idênticas, fundada na mesma questão constitucional. De fato, como a lei continuava formalmente em vigor (*on the books*), mesmo após haver sido declarada inconstitucional, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, não se evitava a proliferação de tantas ações quantos fossem os interessados naquela matéria" BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 124-125.

representação interventiva⁹⁵. Tal ação poderia ser ajuizada pelo Procurador-Geral da República junto ao STF para que os Estados cumprissem princípios de observância obrigatória por força da Constituição caso uma lei estadual os violasse, sob pena de intervenção federal⁹⁶. A Constituição de 1937, a Constituição polaca, suprimiu a possibilidade de uma ação direta interventiva que só foi restabelecida na Constituição de 1946. Ademais, a representação interventiva sendo de competência do Procurador-Geral da República deveria ser exercido em função do interesse da coletividade. Desta forma, declarada a inconstitucionalidade do ato normativo, estava decretada a intervenção, embora na prática, com a impugnação do ato e com sua consequente revogação, não haveria a intervenção propriamente dita.

Portanto, a ação interventiva apesar da destinação democrática, não avançou na falta de permeabilidade, pois concentrava-se na exclusiva legitimação ativa do procurador Geral da República para propô-la, além de não tratar de outras formas de controle abstrato⁹⁷.

O controle de constitucionalidade concreto como sistema iniciou-se com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, na vigência da Constituição de 1946, surgida na ditadura militar. Inseriu-se no texto, a ação genérica de inconstitucionalidade⁹⁸. Os motivos que levaram à emenda, conforme apregoa Daniel Capecchi Nunes⁹⁹, são, a principio, dois: O primeiro seria reduzir a sobrecarga de processos que afligia o STF. O segundo tem relação com o “pecado original” da ADIN, segundo conceito retirado de José Ignacio Botelho de Mesquita¹⁰⁰, no qual a representação por inconstitucionalidade serviu como instrumento de controle do Legislativo pelo Executivo, visto que o Procurador-Geral da República possuía legitimação exclusiva para promove-la. Logo, se ao Presidente da República cabia escolher e nomear o Procurador-Geral

⁹⁵ Constituição Federal de 1934: “Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: V — Para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h do art. 7o, n. I, e a execução das leis federais. § 2o Ocorrendo o primeiro caso do n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da Republica, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a inconstitucionalidade”

⁹⁶ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. P. 95

⁹⁷ NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 168

⁹⁸ Constituição Federal de 1946: “Art. 101, I, k. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I — processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”

⁹⁹ NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 168

¹⁰⁰ NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 168 apud MESQUITA, José Ignácio Botelho de. O desmantelamento do sistema de controle de constitucionalidade. Disponível em: http://www.aasp.org.br/aasp/servicos/revista_advogado/revista67/jose_mesquita.asp. Acessado em 24.5.16.

ao qual competia o poder de representar ao STF para declaração de inconstitucionalidade e, das leis e atos normativos federais e estaduais.

Rodrigo Brandão¹⁰¹, em relação a emenda nº 16 de 1965, pontua que a criação da ação foi bem próxima ao do AI-2, que limitou a independência do Judiciário, aumentando o número de membros do STF de 11 para 16 ministros, além da possibilidade dos ministros do STF removerem ou colocarem em disponibilidade membros de escalões inferiores do Judiciário por razões de "interesse público". Desta forma, conclui-se que o processo de mudança constitucional foi na verdade um expediente para enfraquecer a corte diante do regime de exceção.

Rafael Koatz perfilha a necessidade administrativa de tornar a atuação do STF mais eficiente e o trabalho da Corte menos sobrecarregado. No entanto, essa finalidade foi também instrumentalizada pela política ditatorial de domesticar a magistratura¹⁰². Assim, a ditadura conseguiria atingir dois projetos de uma só vez: dar maior eficiência a justiça do país e obrigava os juízes a dar um verniz de legalidade para suas arbitrariedades.

A adoção do controle concentrado de constitucionalidade pelo regime militar dirigiu-se a fim de ter um mecanismo eficiente para impedir que juízes e tribunais, com pensamento democrático, mediante decisões no controle difuso de constitucionalidade, obstaculizassem ações do *establishment*. Desse modo, o controle concentrado, naquele momento, servia para manter o controle do sistema jurídico-judiciário. Essa interferência direta do Poder Executivo onde se reservava exclusivamente a atuação do Poder Judiciário, demonstra o nível de instrumentalização do direito durante a ditadura militar. O Direito neste momento histórico, assim como em outros períodos de ditadura, perde a sua autonomia e passa a ser colonizado por decisões políticas arbitrárias que refletem as vontades ou opções ideológicas de quem detém o poder¹⁰³.

O entendimento das causas para adoção de um filtro restritivo nas ações por via direta passa pela legitimidade ativa para acionar o julgamento abstrato do STF acerca da constitucionalidade de atos normativos. Desta forma, o regime militar agiu de maneira a preservar sua autoridade, limitando ao Procurador Geral da República a possibilidade de ajuizar

¹⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 112-115.

¹⁰² KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e Procedimento no STF: discutindo a relação**. Tese de doutorado. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10314. Acessado em 22.09.19.

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p 145-150.

ação de controle abstrato, de forma que uma abertura a outros legitimados poderia ser utilizada como forma de questionar institucionalmente a constitucionalidade das arbitrariedades perpetradas. Essa opção foi assumida, visto que o cargo de Procurador da República era de nomeação livre, podendo ser demitido *ad nutum*. Dessa maneira, estaria garantida a impossibilidade de ajuizamento de ações que pudessem colocar em xeque a legitimidade ou legalidade do regime militar¹⁰⁴.

As competências do Supremo foram alteradas durante o período, de forma que o referido ente poderia atuar de forma: (i) preventiva (cautelar); (ii) interventiva sobre decisões de outras instâncias (avocatória); (iii) seletiva de suas próprias causas (arguição de relevância); (iv) de criação de norma positiva (interpretação de lei em tese) e (v) poderes de direção organizacional e disciplinar sobre o Judiciário Nacional (Conselho da Magistratura). O STF distanciou da função precípua de uma jurisdição constitucional que visa a defesa dos direitos fundamentais e daqueles presentes na Constituição em face de atos arbitrários e se aproximou de um órgão com função de coordenação dos poderes políticos e destes com os cidadãos¹⁰⁵.

3.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SOCIEDADE CIVIL

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando o controle por via incidental e difuso que vinha desde a Constituição de 1891, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65. A Constituição Cidadã trouxe diversas inovações, entre elas: a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2o) e o mandado de injunção (art. 5o, LXXI); c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2o); d) mecanismo de arguição de descumprimento de

¹⁰⁴ NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p 171-172

¹⁰⁵ KOERNER, Andrei. **Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64**. Rio de Janeiro: Revista da EMARF, Cadernos Temáticos, p. 307-308.

preceito fundamental (art. 102, § 1o); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III)¹⁰⁶.

O impacto da ditadura modelou o Brasil do século XXI. Com a democratização, os constituintes desejavam afastar qualquer resquício do regime autoritário, construindo uma nova ordem constitucional fundada em valores democráticos. Entretanto, a relação que se estabeleceu entre a Constituição de 1988 e os resquícios normativos do velho aparato autoritário é confusa e em alguns momentos incompatível com a democracia. Um dos elementos de continuidade entre o antigo regime e o novo foi a interpretação dada as ações diretas de constitucionalidade, objeto do presente estudo. A promulgação do novo texto constitucional também tinha o efeito simbólico de representar um rompimento total com o momento autoritário pretérito e a pretensão, ainda que retórica de construir uma “nova narrativa” democrática e popular. Assim, havia uma crença no papel da sociedade civil na transformação do Brasil. Identificava-se a sociedade civil e os movimentos sociais com os aspectos mais virtuosos da democratização, enquanto que havia aversão ao Estado¹⁰⁷.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte houve uma divisão entre os constituintes sobre a forma de regime do exercício da soberania popular que vigoraria a partir da Constituição de 1988. De um lado havia uma parcela progressista ligada as lutas contra o regime militar, que defendiam formas diretas e indiretas de exercício da soberania popular. Uma parcela conservadora ansiava por um regime exclusivamente indireto de representação popular. Nestas duas correntes havia, ainda, a discussão sobre o papel de um dos principais agentes da redemocratização: a sociedade civil. Se os constituintes mais progressistas acreditavam que a sociedade civil deveria ser parte essencial do funcionamento do novo regime, em clara oposição ao que representou a ditadura militar e a consequente falta de participação popular, exercida apenas na forma de cidadania regulada. A ala dos constituintes conservadores propugnava a impossibilidade de um regime ordeiro e de uma democracia funcional com uma Sociedade civil "excessivamente" ativa, de modo que não deveria haver uma permeabilidade constitucional a tal ente¹⁰⁸.

A função da sociedade civil na nova realidade constitucional teve ampla mobilização da mesma. O projeto democrático estabelecido é caracterizado pela "crença" na democracia

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª edição São Paulo : Saraiva, 2016. p. 87-89.

¹⁰⁷ NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p 175-176

¹⁰⁸ Ibid., p. 177-178

participativa que resultou em diversas transformações institucionais e sociais na nova república. Tal crença foi utilizada como inspiração em diversos dispositivos constitucionais que pode ser descrito como paradigma da "participação institucionalizada"¹⁰⁹. Neste contexto, a participação da sociedade civil deu-se através da formação de fóruns de debates, plenários e comitês pró-participação popular, que contribuíram com projetos e sugestões para a elaboração do texto constitucional. O espaço público nunca estivera tão democratizado. As aspirações populares ali vocalizadas redundaram em compromissos por parte dos constituintes. Nas discussões travadas teve destaque a necessidade de ampliação da participação popular, e se evidenciou a insatisfação com os mecanismos de representação tradicional¹¹⁰.

Um dos resultados da influência da sociedade civil na assembleia constituinte foi a ampliação dos legitimados para propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade. A intenção na ampliação foi evitar a domesticação da justiça dando as ações de controle concentrado abstrato um papel de afirmação da cidadania o que deixava para trás a legitimidade ativa exclusiva do Procurador Geral da República. Assim, se atribuiu a legitimidade a vários agentes que se agrupavam na noção de sociedade civil e aqueles que se alojavam dentro do sistema político como um todo. Outro objetivo era conceder maior poder a sociedade civil na disputa pelos sentidos da Constituição¹¹¹. Isso implicaria no fortalecimento para os movimentos de luta pelos direitos dentro da esfera jurídica e política e em uma maior permeabilidade no acesso ao controle de constitucionalidade.

3.4 O STF E A RELAÇÃO COM A SOCIEDADE CIVIL E MINORIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O STF exerce um papel fundamental na proteção de minorias. No entanto, percebe-se uma ausência ou omissão no tocante a esta função. A Constituição Federal de 1988 atribuiu à Corte uma ampla gama de competência e mais do que isso, incentivou o diálogo e a participação da sociedade civil no âmbito do STF. Nas palavras de Rodrigo Brandão:

¹⁰⁹ Ibid., p. 179

¹¹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças**. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 pp. 1728 apud DALLARI, Dalmo de Abreu. Formas de participação política. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, número especial: Propostas para a constituinte, n. 24, dez. 1985

¹¹¹ NUNES, op. cit., p. 179-180.

[...] Especial atenção, contudo, deve ser conferida à concessão de legitimidade a entidades da sociedade civil e a minorias parlamentares (ou partidos minoritários), visto que tal fator torna o Judiciário uma nova frente de batalha para os derrotados nas arenas políticas, estimulando a contestação em juízo de normas jurídicas ambíguas. Tem-se, assim, um cenário em que o direito é caracterizado pela contínua disputa entre grupos de interesse a respeito da “correta” interpretação de um dispositivo constitucional ou legal [...]¹¹²

Ao STF atribuiu-se uma função de guia da sociedade. No entanto, as preocupações e tentativa de alguns constituintes (esposadas no item anterior) em imporem restrições na participação popular de forma direta na política, também foram colocadas sobre o acesso da sociedade civil ao STF.

Havia duas preocupações centrais dos constituintes: (i) O STF havia assumido, com as reformas do regime militar, o papel de "árbitro prudente" dos conflitos entre os poderes e desta forma era essencial a manutenção de suas inúmeras competências para o exercício de uma dupla função: órgãos de cúpula derivado do controle de constitucionalidade (guardião da Constituição) e árbitro dos conflitos institucionais. (ii) a questão do alto número de processos na corte e a necessidade de reduzi-los. Nesse sentido, havia grande resistência à expansão dos legitimados na propositura de ações de controle direto, pois antevia-se uma enxurrada de novas demandas e com isso a perda da capacidade de atuação como árbitro dos conflitos¹¹³.

A maior parte dos ministros que compunham o STF durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte eram resistentes a ampliação e maior abertura no controle abstrato e concentrado por via direta.

Em 1986, o Supremo Tribunal Federal recomendou à Comissão, que foi constituída por José Sarney para elaborar o projeto da Constituição, que a outorga de legitimidade para representação por inconstitucionalidade a órgãos do Poder Público ou entidades de direito público ou privado deveria continuar sendo exclusivamente exercida pela Procuradoria-Geral da República. Em julho de 1987, o Ministro José Carlos Moreira Alves posicionou-se expressamente contra a expansão da legitimação no controle abstrato e por via direta. Verificamos que essas ideias não se sustentaram, pois a ampliação dos legitimados adentrou o

¹¹² BRANDÃO, Rodrigo. **A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013. p. 195.

¹¹³ NUNES, op. cit., p. 181-183.

texto constitucional, mas – como veremos - o STF através da jurisprudência restringiu o grau de abertura do controle de constitucionalidade à sociedade e, com ele, a própria pauta do STF¹¹⁴.

Disso tudo, nota-se duas correntes opostas sobre o que entendiam que deveria ser a função do STF pós 1988 . 1) De um lado, a ideia de que a Constituição delegava à Corte o papel de mediação entre os poderes e unificação e sistematização do direito brasileiro além de restrições necessárias – diminuição na carga de trabalho - para que esse papel fosse exercido e 2) De outro lado entendia-se que o STF exerceria a função de legítima corte constitucional tendo como “norte” a garantia e defesa de direitos fundamentais e da democracia. O resultado foi uma justaposição destas visões, de modo que o STF passou a exercer todas as funções.

Uma das principais mudanças que deveria ser a chave para a abertura do sistema de controle de constitucionalidade e conseqüentemente ampliaria a jurisdição constitucional foi a expansão da legitimidade na propositura das ações diretas de inconstitucionalidade que agora poderia ser feito pelos seguintes atores: o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da OAB e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Todavia passados 31 anos da promulgação da Constituição Cidadã o STF passou por diversas reformas e utilizou-se da interpretação para restringir essa abertura como será abordado no próximo tópico.

Na década de 1990 alterou-se o controle concentrado, com a criação de novas ações e a modulação dos efeitos da decisão, que podem ser tanto *ex tunc* como *ex nunc*. Na última década as modificações relevantes ocorreram no controle difuso que tinha perfil mais concreto foi passando para um caráter mais abstrato, com a introdução de súmulas vinculantes e com decisões do STF que aplica ao controle difuso as regras do controle concentrado, como a modulação de efeitos. Existem posicionamentos que defendem que as decisões de controle difuso tenham igual efeito as decisões do controle concentrado. Por fim, introduziu-se métodos de seletividade, em que o Tribunal julga recursos constitucionais que julguem com

¹¹⁴ ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização**. Universitas JUS, v. 25, n. 1, 2014. p. 31-32. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5102/unijus.v25i1.2885>. Acesso em: 03/10/19.

“repercussão geral”, o que restringiu a possibilidade dos cidadãos levarem ao STF questões de controle difuso¹¹⁵.

3.5 ACESSO AO CONTROLE ABSTRATO

A Constituição de 1988 ampliou o número de legitimados que poderiam acessar o controle abstrato STF, conforme o art. 103¹¹⁶, o que ampliou o acesso à jurisdição constitucional. A intenção dos constituintes era clara, a democratização da Constituição através da interpretação dos seus sentidos pelos cidadãos (além da defesa dos seus direitos) e a democratização do STF, pois abria-se a possibilidade de se levar à controle qualquer questão constitucional. No entanto, a legitimação foi concedida essencialmente a agentes políticos estatais e órgãos públicos, enquanto que à sociedade civil e às minorias como um todo, relegou-se um papel secundário delimitado por meio do inciso IX, do art. 103 que previu a legitimação de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O inciso 9º do art. 103 sofreu uma interpretação defensiva por parte do STF que limitou os atores que poderiam ser reconhecidos como “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”. Sarmiento sustenta essa posição e adota um tom crítico sobre a mesma, nas palavras do autor:

[...] Com efeito, desde 1988, o Supremo vem lançando mão de diferentes expedientes de jurisprudência defensiva, ora para evitar a sobrecarga de trabalho realmente avassaladora, ora para se evadir ao desempenho de competências politicamente delicadas e provavelmente indesejadas pelos ministros. Um desses expedientes consistiu na adoção de uma interpretação extremamente restritiva sobre o conceito de “entidades de classe de âmbito nacional,” previsto no art. 103, IX, CF, que exclui todas aquelas que não representam categorias profissionais e econômicas homogêneas. Essa orientação bloqueia o acesso ao STF dos movimentos sociais e dos grupos vulneráveis. Uma entidade nacional de mulheres, por exemplo, não pode questionar na Corte uma norma sexista. Outra que congregue os adeptos de religiões afro-brasileiras não pode impugnar eventuais favores legais

¹¹⁵ COSTA, Alexandre e BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade? O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. Universidade de Brasília, Working Paper. Abril 2014. p. 1 – 84. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em 02.10.19.

¹¹⁶ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

concedidos às igrejas cristãs. Além de comprometer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional essa limitação contribui para distorcer e empobrecer a sua agenda. Por sua causa, continuam tendo ampla predominância na pauta do Supremo temas atinentes às estruturas e competências estatais, ou relativos a interesses econômicos ou corporativos de certos grupos bem posicionados, como segmentos empresariais e categorias da elite do serviço público. [...] ¹¹⁷.

A restrição implementada pelo STF exigiu a interpretação dada à redação ao art. 103, CF. Em primeiro nível, categorizou-se os legitimados em “universais”¹¹⁸ que poderiam ajuizar ação de controle abstrato em qualquer circunstância e legitimados “especiais” ¹¹⁹ (nos quais encontram-se a “confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”) que poderiam propor ações apenas quando houvesse uma relação clara e direta entre a violação da Constituição e o interesse da entidade, ou seja, deveriam demonstrar a pertinência temática da demanda em relação a sua esfera jurídica, de seus filiados ou aos objetivos sociais da entidade. A divisão tem uma origem puramente jurisprudencial.

No que tange ao art. 103, IX, CF a seguinte redação: " Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional " foi interpretada da forma mais restrita possível sem qualquer embasamento lógico que podemos fixar da seguinte forma:

(i) O termo “entidade de âmbito nacional” que foi interpretado por meio de analogia com o art. 8º da lei orgânica dos partidos políticos (Lei 9096/1995)¹²⁰. Assim, entendeu-se que para caracterizar “âmbito nacional” seria necessário filiados em 1/3 dos estados. O paradigma

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição.** GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2017.p. 391

¹¹⁸ Conforme ensinamento de Dimoulis , o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação em pelo menos uma das Casas do Congresso Nacional são considerados pelo STF aptos a apresentar ADIn independentemente do nexo de sua atividade com o objeto da ação. São os legitimados que a doutrina denominou universais. DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**, 4ª edição, 2016. p. 105.

¹¹⁹ “São os legitimados que a doutrina denominou especiais: a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores de Estado ou do Distrito Federal; as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.” DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**, 4ª edição, 2016. p. 105.

¹²⁰ “Art. 8º O requerimento do registro de partido político, dirigido ao cartório competente do Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local de sua sede, deve ser subscrito pelos seus fundadores, em número nunca inferior a 101 (cento e um), com domicílio eleitoral em, no mínimo, 1/3 (um terço) dos Estados [...]”. BRASIL. Lei nº 9.096, de 19 de Setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096compilado.htm> Acesso em: 12 out. 2019.

utilizado para tal interpretação encontra-se na ADI nº 108 (e na ADI nº 386) no qual, o relator, ministro Celso de Mello, declarou:

Devo ressaltar neste ponto – por ser necessário e pertinente – que esse critério objetivo [âmbito nacional], fundado na aplicação analógica de quanto dispõe a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, mereceu o sufrágio desta Corte, como se pode inferir da própria ementa que sintetizou o resultado do julgamento da ADIn nº 386, de que foi Relator o eminente Min. Sydney Sanches, e onde se discutiu o sentido da locução constitucional “entidade de classe de âmbito nacional”.¹²¹

A referência utilizada por Celso de Mello e reproduzido na ADI nº 108 foi o voto do ministro Moreira Alves na ADIn nº 386 no qual Moreira aduz “parece-me razoável o critério legal existente com relação aos Partidos Políticos a que se confere atuação de âmbito nacional quando tenham realizado convenção em, pelo menos, 9 (nove) Estados da Federação”.

(ii) O conceito “entidade de classe”, também, foi interpretado de modo restrito e a origem adveio da ADI nº 42 de 1992 de relatoria do ministro Paulo Brossard no qual discutiu-se a legitimidade da Associação Brasileira das companhias abertas (ABRASCA) que impugnava lei federal face a Constituição. Brossard usou-se da manifestação do Procurador Geral da República para concluir pela ilegitimidade, pois entendeu que o conceito estaria ligado a atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico. Nas palavras do PGR:

No citado inciso IX do art. 103, a Constituição Federal confere legitimidade, em primeiro lugar, às confederações sindicais, que são as entidades de cúpula da organização sindical, com exclusão implícita, portanto, das federações e dos sindicatos que as integram. Parece, assim, que, relativamente às empresas filiadas a entidades sindicais, representativas das respectivas categorias econômicas, únicas legitimadas a propor a ação de inconstitucionalidade são as confederações correspondentes. Admitir legitimação de associações de classes, formadas por empresas ou por entidades sindicais de primeiro grau, que as representam, importem subverter a norma constitucional, pois inconciliável com a vedação implícitas dela decorrente¹²².

Interessante caso aconteceu na ADI nº 894, no qual a União Nacional dos Estudantes (UNE) – importante entidade na resistência à Ditadura Militar – foi declarada como ilegítima na propositura da ação. Na referida ação o Relator, ministro Néri da Silveira asseverou:

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 108. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário, Brasília, 13/04/1992. DJ, 05.06.1992

¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42. Relator: Paulo Brossard. Plenário, Brasília, 24/09/1992. DJ, 02.04.1993

No que concerne a “entidade de classe” de âmbito nacional (“Segunda parte“, do inciso IX do art. 103 da Constituição) , vem o STF emprestando-lhe compreensão sempre a partir da representação de interesses profissionais definidos. Não se trata, assim, apenas, de classe, no mero sentido de um certo estrato ou segmento da sociedade; cumpre se informe a noção de “classe“ de conteúdo, profissional ou econômico, determinado. Assim, têm se admitido como entidade de classe de âmbito nacional a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação Nacional do Ministério Público, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia, associações nacionais de áreas de produção, do comércio e da Indústria. Dessa maneira, na linha do que se tem decidido, não obstante o elevado merecimento da UNE, qual entidade à frente de campanhas nacionais beneméritas, não só em favor de estudantes universitários, como de outras causas nacionais, não compreendo se posso enquadrá-la como “entidade de classe”, no sentido que ver se vem conferindo a cláusula constitucional do inciso IX do art. 103 da Lei Maior.”¹²³

As interpretações adotadas foram “criações” jurisprudenciais nas ADIs usando a analogia para definições dos termos. Apura-se também que após a fixação do significado das expressões nos julgamentos paradigmas, as demais ações que envolviam o art. 103, IX, CF e a legitimidade, tinham como base os precedentes (interpretação da interpretação). Não houve a preocupação na busca de uma interpretação mais profunda e condizente com a vontade dos constituintes, pelo contrário, a interpretação dada foi puramente institucional (como dito, os membros do STF possuíam a preocupação com a carga de trabalho) o que paradoxalmente reflete um exemplo de ativismo e de interpretação retrospectiva.

(iii) O termo "Confederação sindical" também foi objeto de uma interpretação estrita, com base no art. 535 da CLT. O Supremo Tribunal Federal não reconheceu a legitimidade às federações e aos sindicatos. Desta forma, as confederações deveriam se organizar com no mínimo três federações e deverão estar estabelecidas em três Estados. Nos dizeres de Barroso a jurisprudência adotada quanto a legitimação das confederações entidades de classe de âmbito nacional servem: “em parte para assegurar a representatividade adequada e em parte como autoproteção da Corte contra o número excessivo de ações diretas de inconstitucionalidade”¹²⁴.

A orientação adotada desestimulou e bloqueou o acesso direto das minorias sexuais (obviamente aqui incluem-se as minorias e a sociedade civil) à jurisdição constitucional

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894. Relator: Néri da Silveira.. Plenário, Brasília, 25/06/1993. DJ, 20.04.1994

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª edição São Paulo : Saraiva, 2016. p. 208.

abstrata. De modo mais abrangente, além do cerceamento na propositura das ações, criou-se um impedimento para a participação da sociedade civil na Corte.

Estudo empreendido por Carolina Cutrupi com decisões entre 1988 até 2008 investiga os critérios de legitimidade reconhecidos pelo STF no que tange ao art. 103, IX. A conclusão demonstrou uma prevalência de ações propostas por associações de trabalhadores ligadas ao funcionalismo público (em especial ao setor judiciário) e as associações de empregadores (em especial a indústria e comércio) e a impossibilidade para demais setores da sociedade civil¹²⁵. Neste contexto e transmutando para as demandas das minorias sexuais, fica evidente que não conseguirão alcançar a jurisdição de maneira direta de modo que deverá encontrar apoio e empatia de um terceiro legitimado. Para mais, se o terceiro for um legitimado especial há a necessidade que este demonstre pertinência temática com a impugnação, ou seja, a ação deverá ter um nexo com a sua esfera jurídica ou de seus filiados. Já no caso do terceiro universal, dependerá de sua autorização.

A situação acima pode ser verificada nos fatos que envolveram a propositura da ADPF nº 132 (reconhecimento de uniões homoafetivas). Daniel Sarmento relata que no ano de 2006 integrava o Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Ministério Público Federal que dialogava com inúmeras entidades do movimento LGBT. Desses encontros surgiu a necessidade do reconhecimento das uniões homoafetivas. Assim, Sarmento encaminhou uma representação ao procurador-geral da República para que este ajuizasse a ação perante o STF. A representação foi protocolada no começo de 2007 junto ao PGR Antônio Fernando de Souza. Passados um ano, além de não haver a propositura da ação, o PGR demonstrava que permaneceria inerte¹²⁶.

¹²⁵ Conforme Ferreira “Tal conclusão se confirma pela grande capacidade organizativa e espacial das entidades que atendem aos requisitos do Tribunal e tem suas demandas apreciadas, uma vez que se organizaram em função de interesses homogêneos (exigido para entidades de classe) e de agremiação de ao menos três federações e registro no Ministério do Trabalho (para as confederações sindicais), somada à exigência do âmbito nacional, muito difíceis de serem atendidos por quaisquer entidades civis. Este fato representa um indicador elitista de participação ativa da sociedade civil no processo de interpretação da Constituição, na medida em que a relação entre poder político-econômico e acesso ao controle concentrado de constitucionalidade seja tão íntima.” FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Os Critérios de Legitimidade Reconhecidos Pelo Supremo Tribunal Federal Para Propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade**. . Acesso em: 13/10/2019. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/os-criterios-de-legitimidade-reconhecidos-pelo-supremo-tribunal-federal-para-propositura-de-acao-direta-de-inconstitucionalidade/>>.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição**. GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2017.p. 398-400

O Grupo de Trabalho em reuniões com entidades do movimento LGBT buscaram, então, alternativas para propositura da ação no Supremo. Cogitou-se ajuizar através da Associação Brasileira de Gays, Bissexuais, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) - uma das maiores entidades nacionais do movimento LGBT -, mas a hipótese foi descartada, vez que o STF não admitiria a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação. Em determinada reunião Daniel Sarmento relata que explicando aos militantes algumas alternativas mencionou a legitimidade ativa dos governadores de estado. Dentre os participantes da reunião estava Carlos Tufvesson - ativista do movimento LGBT - e que possuía bom contato com o então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Sarmento menciona o seu descrédito em relação a essa alternativa, pois a propositura da ação acarretaria em um custo político elevado em um Estado com grande parcela da população conservadora. Dias depois Tufvesson informaria ao Grupo de Trabalho que Cabral aceitara promover a ação, que foi ajuizada pouco tempo depois. Como se sabe, a ação viria a ser um dos grandes julgamentos da história atual do STF que acabou reconhecendo o direito a união estável por casais homoafetivos¹²⁷.

Outro obstáculo na ADI nº 132 foi a pertinência temática que deveria ser demonstrada pelo Governador do Estado, vez que por ser legitimado especial deve preencher este requisito para ajuizamento da ação. Preliminarmente, uma análise mais objetiva demonstra a falta de nexos entre o ato impugnado e o ente. Assim, a justificativa apresentada foi a necessidade de saber se as uniões com pessoas do mesmo sexo de servidores estaduais poderiam ser consideradas famílias para o fim de benefícios estatutários (resta evidente que a intenção inicial não era esta, mas tinha um intuito mais abrangente e até mais nobre: estabelecer a igualdade entre casais homoafetivos com as famílias heterossexuais).

A necessidade de um legitimado oficial para demandar é chamada por Cardinali de “infantilização” do movimento LGBT, pois os coloca na dependência destes sujeitos mascarando a sua agenda, exposição e outras consequências¹²⁸.

¹²⁷ Ibidem. p. 398-400.

¹²⁸ CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Arraes Editores, 2018. Cardinali demonstra dois riscos que essa infantilização causaria:

1) as demandas devem encontrar ressonância junto algum legitimado, o que ocorre ou não por aspectos de difícil previsibilidade, pois uma norma inconstitucional pode não ter acesso ao sistema de controle de constitucionalidade, pois os interessados em sua anulação não conseguiriam mobilizar os legitimados para propositura de uma ação neste sentido. Uma suposição é o nível de estigmatização de uma determinada categoria social que quanto maior, mais difícil se obter um legitimado disposto a acionar a jurisdição abstrata, ainda mais adicionando os cálculos eleitorais que são feitos sobre determinado ajuizamento de ação. 2) Se uns dos legitimados resolver “comprar” a briga em nome do movimento LGBT e ajuizar uma ação direta deve ser ponderados alguns fatores. Isso porque, impedidos de pleitear em nome próprio os movimentos sociais perdem o seu protagonismo e não podem traçar as

Conforme demonstrado na seção 2, o estudo da UNB concluiu pelo equívoco na visão de que o STF teria uma atuação destacada na defesa de direitos fundamentais e humanos. A temática sobre minorias sexuais e temas morais e políticos divisivos representam uma ínfima porcentagem sendo que a esmagadora temática é de assuntos corporativos e econômicos voltados a grupos elitizados.

Diante desse quadro, Sarmiento, aponta um O cenário de distorção e empobrecimento da agenda do STF, em que ainda é rara a atuação na defesa dos direitos fundamentais de minorias e proteção de interesses da coletividade. Para o autor, "instaura-se com isso, um constrangedor hiato entre o discurso de legitimação da jurisdição constitucional - proteção de direitos fundamentais, defesa das minorias, garantia dos pressupostos da democracia etc - e a sua prática institucional efetiva"¹²⁹.

Assim, apesar da CF/1988 propiciar uma abertura da Jurisdição Constitucional e uma relativa democratização. A conclusão é que o acesso está vedado as minorias e a qualquer cidadão, por mais relevante que a temática seja, mesmo com a possibilidade de um maior número de atores sociais levarem ao STF suas demandas e interpretações constitucionais.

3.6 ACESSO AO CONTROLE CONCRETO

O controle abstrato de constitucionalidade, como visto, afasta do sistema as normas contrárias ao texto constitucional para garantir um ordenamento jurídico harmonioso.

Embora não seja o objetivo do presente estudo tratar sobre o controle concreto, é necessário citá-lo, pois as hipóteses de desacerto entre a interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais em face da CF, pode ser corrigido no caso concreto, ou seja, de maneira subjetiva (controle concreto de constitucionalidade). Conforme Marinoni:

No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma – que é pressuposto à resolução da demanda – se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras palavras, não é o objeto ou mesmo

suas próprias estratégias processuais. O legitimado tem a palavra final sobre o ajuizamento da demanda, a forma com que será movida e todos os aspectos processuais.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição.** GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: FGV Editora. 2017. P. 392

o fim do processo. Ou seja, o processo não é instaurado em virtude de dúvida acerca da legitimidade da norma nem objetiva definir a sua constitucionalidade, declarando-se a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade¹³⁰.

O controle concreto é realizado de modo difuso por qualquer juiz, sendo que o STF atuaria como última instância de recurso. Como dito, no processo subjetivo há uma multiplicidade de casos. O controle subjetivo permite que ocorrendo uma situação de inconstitucionalidade não objeto de controle abstrato, a mesma possa ser judicialmente questionada.

O uso do controle concreto para defesa dos direitos das minorias sexuais tem sua importância realçada quando as discriminações e violações ocorrem não através das normas, mas no mundo dos fatos. Exemplo disto é o caso que ocorreu no Beiramar Empresa Shopping Center Ltda no qual Ama Fialho, nome social de André dos Santos Fialho (transexual) foi impedida por uma funcionária de utilizar o banheiro feminino, sob as alegações de que causaria constrangimento às outras mulheres. Ama Fialho buscou utilizar os banheiros das lojas, mas foi informada que não existiam banheiros em lojas. Diante da situação e sem opções, defecou na sua própria roupa, tendo que usar o transporte público para voltar para casa¹³¹. Percebe-se que a proibição do uso de um banheiro conforme a identidade escolhida é uma ação que deve ser reprimida, mas só é aferível no caso concreto e subjetivo que não é alcançável pelo controle abstrato. Todavia, devemos questionar: um assunto tão caro aos direitos fundamentais não deveria ter um instrumento mais adequado para ser tutelado?

A Constituição de 1988, como já demonstrado, possui uma série de remédios constitucionais para lidar com violações de direitos nela assegurados, mas há outra parte dos direitos constitucionais sem qualquer cobertura contra violações, vez que os remédios constitucionais são taxativos com uma série de requisitos e pressupostos que não permitem qualquer extensão para abarcar a proteção de outros direitos fundamentais. No sistema brasileiro tampouco há uma ação específica para defesa de direitos fundamentais ou humanos de maneira concreta e mais direta¹³².

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, 7ª edição. p. 1003

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

¹³² Neste sentido Jane Reis argumenta: “[...] sistema processual brasileiro, supostamente reformado e modernizado, ainda consagra uma série de ações e procedimentos especiais com as mais variadas finalidades, mas não contempla uma ação especial de tutela de direitos fundamentais de perfil simplificado. A teia processual brasileira e o

3.7 OBSTÁCULOS EXTRAPROCESSUAIS

Outros impasses impedem o fluxo de ações e defesa de direitos como a baixa presença de entidades e atores da sociedade civil que tem como objeto a atuação judicial para os direitos de grupos estigmatizados. O STF é dominado por ações que não caracterizam em sua maioria questões à direitos e liberdades fundamentais, em suma o órgão é monopolizado por ações do Estado e entes públicos.

Jane Reis¹³³ dá destaque aos vários requisitos formais para correta formação de um recurso extraordinário, bem como a dificuldade que envolve acompanhar a sua tramitação e julgamento em Brasília, o que pode envolver por exemplo custos com viagens impeditivos para a maioria dos grupos e associações

3.8 *AMICUS CURIAE* E AUDIÊNCIA PÚBLICA

O acesso e a interação das minorias sexuais com STF podem se dar através do ajuizamento de ações ou através dos pedidos de *amici curiae* ou da realização de audiências públicas. Esses dois últimos procedimentos permitem um diálogo direto entre as partes e o Pretório Excelso.

A abertura democrática e o diálogo entre sociedade civil e o STF proposta pela CF/1988 objetivava fortalecer a cidadania e a construção jurisprudencial posterior nas ações de controle de constitucionalidade teve um grande aumento (muito em função do aumento da

conjunto de requisitos impostos para litigar encerra, em última análise, uma escolha política em desfavor dos direitos fundamentais existenciais. Seria possível objetar que essa afirmação é exagerada, considerando que a própria Constituição de 1988 consagrou um amplo leque de remédios constitucionais voltados para a salvaguarda de direitos. No entanto, essa ampla variedade não corresponde à facilidade e à simplicidade que deveria caracterizar esse tipo de ação. A única ação efetivamente simplificada e amplamente acessível é o *habeas corpus*, que se restringe à proteção da liberdade ambulatorial [...] Na linha do que apontei, a despeito do amplo leque de ações contemplado na Constituição de 1988 ainda nos falta uma ferramenta processual específica apta a expandir a cultura de direitos fundamentais na base do Judiciário, pulverizando a gramática desses direitos. Não se pode perder de vista que as estruturas processuais têm uma conexão direta com a formação da mentalidade dos operadores do Direito, de modo que a criação de uma ação de tutela e a facilitação do acesso pode também gerar um fortalecimento do compromisso dos juristas com a promoção dos direitos fundamentais.[...]” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades**. rfd- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 29, p. 127-157, jun. 2016. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669>>. Acesso em: 21 out. 2019. doi:<https://doi.org/10.12957/rfd.2016.23669>

¹³³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças**. Revista de Direito da Cidade, vol. 08

legitimidade ativa propugnada na CF/1988). A judicialização destes casos criou diversas discussões sobre lacunas a serem superadas. Devemos ter em mente que a Emenda Constitucional nº 01/69 atribuía ao STF competência para dispor sobre o procedimento aos processos de sua competência o que deixava a cargo do Regimento Interno da Corte a regulação dos procedimentos do controle de constitucionalidade. Com a CF/1988 a aludida competência foi transferida ao Legislativo. O Regimento foi recepcionado no que compatível com a nova Carta, mas muito de seus mandamentos estavam desatualizados no que tange ao controle de constitucionalidade inaugurado. Por conseguinte, para solucionar a lacuna e tornar mais segura a jurisprudência do STF foi apresentado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.960/1997.¹³⁴

O Projeto de Lei nº 2.960/1997 resultou nas leis nº 9.868 e 9.882, de 1999 que basicamente versavam sobre processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, mas em seu bojo trouxe dois institutos que permitiriam uma mudança no status de uma jurisprudência defensiva (como visto nos capítulos anteriores) que impermeabilizou o fluxo comunicativo e circulação de poder entre o STF e a sociedade civil. Em primeiro plano temos o *amicus curiae* onde o Relator em face da relevância da matéria e a representatividade dos postulantes poderá admitir a manifestação de outros atores¹³⁵. Em segundo plano, apresentava-se as audiências públicas, pela qual o Relator em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou na ausência de informações existentes os autos poderia requisitar informações ou fixar data para audiência na qual seriam ouvidas depoimentos de pessoas com autoridade e experiência na matéria¹³⁶.

¹³⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade**. Revista de Direito Administrativo, v. 218, 1999, p. 154-156

¹³⁵ Conforme art. 7º, § 2º da lei 9.868/1999 “O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 22 out. 2019.

¹³⁶ Segundo art, 9º, § 1º da lei 9.868/1999 “ Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”. 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 22 out. 2019.

Esses institutos possibilitam a participação social na construção dos sentidos da Constituição. Juliano Cesário Alvim Gomes traz essa perspectiva através do que denomina constitucionalismo difuso, segundo a mesma:

Por esse motivo, o constitucionalismo difuso sustenta, por um lado, que a participação social na construção do significado constitucional é extremamente importante como forma de democratizar as instituições e instâncias de decisão estatais, aperfeiçoar e atualizar a Constituição e o constitucionalismo, garantir e fazer avançar direitos, empoderar os cidadãos e inspirar uma narrativa comum para transformação. Além disso, defende ser fundamental que o tratamento conferido aos diversos grupos sociais por parte do Estado, inclusive por meio dos canais de permeabilidade social das instituições estatais, funcione de maneira transparente e igualitária, plural e inclusiva¹³⁷.

Apesar das minorias sexuais não poderem acionar diretamente o controle de constitucionalidade, poderiam participar ao menos levando sua voz, os seus argumentos e a sua interpretação constitucional ao caso o que permitiria um diálogo mais direto e principalmente legitimidade¹³⁸ na sua atuação em questões de alto teor político e moral.

¹³⁷ GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Podivm, 2016, p. 188-189.

¹³⁸ O Ministro Celso de Mello, na ADIn 2.777-8/SP declarou em seu voto sobre os *amicus curiae*, *in verbis*, com grifos nossos: “No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do “*amicus curiae*”, permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. Cabe advertir, no entanto, que a intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. Impõe-se destacar, neste ponto, por necessário, a idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do “*amicus curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata. Não se pode perder de perspectiva que a regra inscrita no art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99 - que contém a base normativa legitimadora **da intervenção processual do “amicus curiae” - tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte** (GUSTAVO BINENBOJM, “A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira”, 2001, Renovar; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, p. 71/94, 1998, Celso Bastos Editor; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 64/81, 2000, Atlas), quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. Tenho presente, neste ponto, o magistério do eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2º ed., 1999, Celso Bastos Editor), expandido em passagem na qual põe em destaque o entendimento de PETER HABERLE, segundo o qual o Tribunal “há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional” (p. 498), em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, **no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável “deficit” de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, “in abstracto”, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional. Daí, segundo entendo, a necessidade de assegurar, ao “amicus curiae”,**

No entanto, a participação social desta forma que é referenciada pelos ministros como um Supremo aberto à participação social é apenas uma justificativa retórica de legitimação para intervenção judicial

Além do acesso ao STF por meio da propositura de ações, devem ser pautadas outras formas do movimento LGBT ser ouvido junto ao órgão. Conforme o autor Peter Habberle¹³⁹ a interpretação constitucional não é feita somente pelos intérpretes "autorizados", mas pelos cidadãos de maneira geral. O STF deve ter instrumentos para abertura procedimental para que outras visões constitucionais sejam levadas em consideração em seu processo decisório. A própria ideia de legitimidade da jurisdição constitucional, a partir de um intenso processo de judicialização da política, em que os rumos da sociedade estão sendo cada vez mais definidos pelo Judiciário, requer do mesmo canais de abertura para exposição por parte dos agentes sociais de suas visões constitucionais.

mais do que o simples ingresso formal no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, a possibilidade de exercer a prerrogativa da sustentação oral perante esta Suprema Corte.” ADIn 2.777-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, J. 26.11.2003.

¹³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

4 DEMOCRACIA E LEGITIMIDADE DO STF

A participação direta no processo legislativo está presente na maior parte nas constituições democráticas e tem como uma de suas funções a correção da democracia representativa tradicional (participação indireta). A noção de representação e participação não são antagônicas, mas complementares. Desta forma, a participação direta dentro da perspectiva constitucional delimitada por regras deve propiciar a proteção de direitos dos indivíduos e das minorias, funcionando como ativadora da deliberação política agregando as vantagens da democracia participativa, da democracia representativa e da democracia deliberativa¹⁴⁰. Desta forma, é necessário legitimar a atuação do STF através de outras teorias democráticas que se expõe neste capítulo.

A Teoria Participativa da Democracia tem como postulado a participação ativa do cidadão para a prática e a teoria da democracia. Ou seja, é necessário criar oportunidades para que os indivíduos participem efetivamente do processo decisório que os afetam¹⁴¹. O pressuposto da Teoria Participativa a ser correlacionado com as minorias, em especial os LGBTs que será o paradigma da pesquisa, é a noção de que processo participativo desses grupos no STF em decisões que os afetem torna mais legítimo, justo e aceitável a deliberação, mas é justamente esse processo participativo que deve ser questionado a fim de se demonstrar sua efetividade.

Desde o fim do século XX é perceptível as tentativas em se implementar uma maior participação direta da população nas decisões políticas, principalmente nas democracias semidiretas. Na prática abriu-se espaço para determinados grupos atuarem junto aos órgãos de representação tradicional exercendo um papel deliberativo com o intuito de combater a crise de representação. A deliberação direta em algumas situações mostra-se a mais desejável para evitar

¹⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças**. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. p. 1709 apud DALLARI, Dalmo de Abreu. Formas de participação política. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, número especial: Propostas para a constituinte, n. 24, dez. 1985

¹⁴¹ MEDEIROS, Pedro. **Uma introdução à teoria da democracia**. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2016. Pgs 142-157 Conforme referido autor, a participação dos cidadãos no processo político e tomada de decisões teria como resultado, determinados efeitos educativos sobre os próprios indivíduos de pelo menos três naturezas: (i) a percepção de que os interesses privados não estão em contradição com os interesses gerais da comunidade; (ii) a sensação de que as decisões tomadas no âmbito de um processo participativo são mais legítimas e justas e (iii) um senso de integração entre os indivíduos, aumentando a coesão do corpo de cidadãos

a falta de legitimidade, principalmente nos aspectos em que a “agrupação” em parcelas menos abrangentes de interesses são diretamente afetadas pela decisão¹⁴².

Nota-se, portanto, que a temática de democracia participativa e a deliberativa, que será abordada logo a seguir, tem profunda relação com a “agrupação”, ou melhor, com as minorias ao possibilitar que estas sejam ouvidas quando determinadas decisões judiciais no STF as afetem. Por outro lado, a implementação correta e não apenas retórica de tais teorias democráticas daria maior legitimidade que a Corte Constitucional brasileira tanto busca.

A Teoria Deliberativa da Democracia presume uma concepção dialógica da política, ou seja, um processo racional de discussão dos problemas para obtenção de soluções justas, boas ou razoáveis, de ordenação da vida em comunidade¹⁴³. Os pressupostos da Teoria Deliberativa que envolvem as com as minorias, em especial os LGBTs, são três: (i) a verificação existência da igualdade dos participantes no processo de Jurisdição Constitucional e nas respectivas de decisões, (ii) os direitos de participação na vida pública e (iii) o reconhecimento da identidade cívica.

A Teoria Deliberativa converge para a Teoria Participativa, pois, conforme explicita Beçak, se a crise da democracia representativa teve como vetores: (i) a ausência de relação pessoal e material entre eleitores e eleitos e a (ii) falta de coincidência de interesse entre eleitores e eleitos, a teoria participativa foi inserta no debate, justamente para superação destes problemas, já na democracia americana tal enfretamento também foi feito através da deliberação. Houve, também, o importante papel do pluralismo neste processo, pois um sistema fundado no bem comum pelo critério da maioria deveria ser contestado. Assim, Beçak revela que os ambientes acadêmicos estadunidense e francês foram importantes na produção acadêmica acerca da temática de superação dessa crise, evidenciando-se a preferência da doutrina norte-americana pela expressão “democracia deliberativa” e da francesa por “democracia participativa”¹⁴⁴. As minorias enfrentam justamente essas crises de forma amplificada não pelo descolamento em relação aos seus representantes, mas a total ausência de representação.

¹⁴² BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014. Fls. 41-45

¹⁴³ CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Edições Almedina, 2010. Pg 1416 Segundo Canotilho as premissas teóricas da referida teoria são: (i) a importância da virtude cívica; (ii) a igualdade dos participantes no processo político; (iii) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática; (iv) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controle dos representantes

¹⁴⁴ BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014. Fls. 67-73

A Teoria Pluralista da Democracia advinda dos Estados Unidos tem como pressuposto que o processo de formação democrática não se assenta em grupos definidos que se interagem socialmente. Seria ao mesmo tempo uma teoria empírica que busca captar a realidade social onde as decisões políticas se reconduzem aos interesses destes grupos e uma teoria normativa que se baseia em um sistema político aberto com diversos interesses e valores, permitindo a todos os grupos a chance de influenciar efetivamente as decisões políticas. Em suma, o pluralismo é uma realidade, pois sociedade é composta por classes heterogêneas, distintos grupos sociais, econômicos com grande diversidade cultural e ideológica. Mas também o pluralismo também é normativo na evidente acentuação da diversidade de expressão e organização política¹⁴⁵.

Os pressupostos da Teoria Participativa, da Teoria da Deliberativa, da Teoria Discursiva e da Teoria Pluralista a partir das obras de Jürgen Habermas, Nancy Fraser e Peter Habërle nos permitem construir a seguinte hipótese de trabalho: apesar do processo de judicialização da política e do exercício da função contramajoritária da Suprema Corte Brasileira na proteção de direitos dos LGBTs há limitações neste sistema que obstaculizam o acesso desses grupos e das demais minorias. A Jurisdição Constitucional não se demonstra tão aberta, permeável ou mesma democrática às demandas e participação dos grupos LGBTs e aos outros movimentos sociais. Por fim, a legitimidade democrática que atualmente justifica a atuação do Supremo Tribunal Federal não se sustenta quando se confronta as teorias democráticas e a realidade.

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização da política diz respeito ao fenômeno do Poder Judiciário decidir questões que tradicionalmente deveriam ser solucionadas pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A expansão do Poder Judiciário no processo decisório nas democracias tenciona a noção separação dos poderes e as funções que são exercidas por cada órgão.

Na Obra “*The Global Expansion of Judicial Power*” há um estudo aprofundado sobre diversos países acerca do dilatamento do Judiciário e sua legitimidade democrática na atuação em questões políticas e no processo decisório das democracias contemporâneas. Identificou-se

¹⁴⁵ Ibidem, p. 1409-1411.

alguns fenômenos que contribuíram para tal situação: (i) existência de um sistema político democrático, pois regimes ditatoriais concentram poderes no Executivo e não concedem independência aos magistrados; (ii) Judiciário decidindo questões da política majoritária perante a inefetividade dos demais poderes; (iii) sistema fundado na separação de poderes, vez que ao se delimitar que a atividade judicante seja exercida de modo exclusivo a um ente, haveria independência para interpretação das leis e das decisões de outros poderes; (iii) existência de Constituição; (iv) a utilização pelo Legislativo e Executivo de procedimentos e linguagem própria do meio judicial; (v) A utilização do judiciário por diversos grupos; (vi) crise de identidade nas instituições políticas tradicionais; (vii) delegação de poderes às instituições judiciais¹⁴⁶.

Salienta Hirschl: “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”¹⁴⁷. Nesta perspectiva Hirschl¹⁴⁸ destaca que a judicialização da política é a transferência das questões políticas para os tribunais. O fenômeno tem os seguintes aspectos: (i) a influência do discurso jurídico (linguagem e procedimentos) para a esfera pública. O direito avança sobre a sociedade e o mundo da vida; (ii) transferência de prerrogativas tradicionais do Legislativo e do Executivo para o judiciário e das decisões sobre questões de natureza essencialmente política tais como o identidade coletiva etc. (iii) corroboração judicial de mudança de regime; (iv) fiscalização do processo democrático com decisões sobre financiamento partidário, definição de distritos eleitorais, aprovação de candidaturas; (v) justiça restaurativa. Em suma, tal movimento é denominado por Hirschl como juristocracia.

No Brasil o fenômeno também ocorre, mas necessário destacar algumas pressupostos que contribuíram para a atual situação, tais sejam: (i) a Constituição facilitou a expansão do judiciário pelo seu caráter analítico, compromissório e hiperdirigente; (ii) a Constituição previu amplo catálogo de direitos fundamentais oponíveis a política majoritária; (iii) a Constituição possui grande número de normas abertas e principiológicas o que demanda uma interpretação maior pelo STF¹⁴⁹; (iv) a nova Constituição detém mais mecanismos para a tutela dos direitos

¹⁴⁶ TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**: New York University Press, 1995. p. 28-33 (tradução nossa)

¹⁴⁷ HIRSCHL, Ran. **O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009, p. 140.

¹⁴⁸ HIRSCHL, Ran. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. *Fordam Law Review*, v. 75, n. 2, 2006 p. 722-727.

¹⁴⁹ Cappelletti demonstra que “A melhor arte de interpretação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária. Em

através do: a) fortalecimento do STF com atribuição de Corte Constitucional, b) conservação da competência recursal e originária do STF; c) expansão do controle de constitucionalidade concentrado com ampliação do rol de legitimados.

Leon Barbosa e Ernani Carvalho corroboram a tese de atuação preponderante do STF no Brasil, apontando algumas causas: (i) revisão judicial e controle de constitucionalidade; (ii) obrigação de posicionamento sobre as demandas que são judicializadas [inafastabilidade do poder judiciário], inclusive quando há lacuna normativa; (iii) competências mistas, pois o STF pode agir: (a) na revisão judicial de maneira ampla e direta, (b) como tribunal recursal (repercussão geral); (iv) instância originária nos casos de foro por prerrogativa por função, em mandados de segurança etc¹⁵⁰.

A forma e o conteúdo da Carta Magna de 1988 e a ampla competência dada por esta ao Supremo Tribunal Federal auxiliaram no florescimento da judicialização da política em terras brasileiras. Para além disso é possível aferir o episódio pelas questões que a Corte tem decidido de alto teor moral ou político.

Alguns números e estudos corroboram uma maior presença do STF na sociedade brasileira. Um balanço do 1º semestre de 2019 do próprio STF demonstra alguns dados interessantes: Houve 33,5 mil atendimentos pela Central do Cidadão; 207,4 mil menções ao STF em rádio, TV, jornais, revistas e sites; 10,8 mil matérias veiculadas na rádio justiça; 3,1 mil matérias exibidas pela TV Justiça; 7,2 mil visitantes às instalações do Tribunal; 876 matérias publicadas no portal STF e 4,1 milhões de acessos às notícias publicadas. Nunca antes houve tanta visibilidade da Corte Constitucional e participação do STF na vida brasileira, torna-se raríssimo não encontrar nas matérias jornalísticas cotidianas alguma menção ao Supremo. Embora este trabalho não vise aprofundar a correlação entre estes números e o ativismo e a judicialização da política, é possível conjecturar que a presença e a visibilidade do STF pode gerar nos indivíduos um efeito psicológico de um Judiciário onipresente, o que certamente para alguns é abarcado como judicialização e ativismo.

Em que pese o posicionamento de muitos sobre a efetiva ocorrência do fenômeno da judicialização, há vozes dissonantes que devem ser destacadas. A pesquisa realizada por Thamy

outros termos, o juiz sempre será forçado a ser livre dadas as dificuldades enfrentadas pela ciência da interpretação.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993

¹⁵⁰ BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. **Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada.** Revista Política Hoje. Volume 25, n. 2. 2016. p.9

Pogrebinschi¹⁵¹ acerca da atuação do STF ajuda a entender e de certa forma desmistificar o fenômeno que muitos julgam como verdade, quase, incontestável. A pesquisadora contesta não apenas o senso comum, mas até mesmo a conclusão de diversos autores¹⁵² sobre a judicialização da política e a crise, além da tensão gerada na separação de poderes. A construção dessa crença, muitas vezes teria como eixo o número de Ações Diretas impetradas no STF que seria uma espécie de medida para o nível de judicialização no Brasil, todavia alerta Thamy é necessário lançar um olhar detido sobre os resultados das ações efetivamente decididas pelo STF.

Nesta perspectiva Pogrebinschi chega a sete conclusões a partir da análise quantitativa e qualitativa das Ações Diretas (compreendidas entre 1988-2009):

(i) O STF não sofre da “dificuldade contramajoritária”, pois é inexpressivo o total de declarações de inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional, conforme seguem os dados:

Tabela 4. ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Indeferida	436	86,68
Procedente e procedente em parte	67	13,32
Total	503	100,00

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(ii) O STF reforça a vontade majoritária do Poder Legislativo federal, pois do total de suas decisões (em controle concentrado – ADIs e ADPFs) a maior parte é composta por abstenções preliminares de apreciar a inconstitucionalidade (74,35%), o que implica na

¹⁵¹ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

¹⁵² Neste ponto Pogrebinschi assevera “ [...] As Ciências Sociais e o Direito vêm realizando importantes e interessantes esforços de compreensão do processo de judicialização da política e do papel do Poder Judiciário. Mesmo sem dialogar entre si, a literatura política e sociológica (Arantes, 1997 e 2007; Arantes e Kerche, 1999; Carvalho, 2004 e 2009; Castro, 1996; Maciel e Koerner, 2002; Sadeck, 2001, 2009 e 2010; Marchetti, 2008; Marchetti e Cortez, 2009; Oliveira, 2005; Pacheco, 2007; Taylor, 2007; Taylor e Da Ros, 2008; Vianna et alli, 1999 e 2007; Vianna, 2002 e 2008) e a literatura jurídica e constitucional (Barroso, 2010; Binbenbjom, 2001; Cittadino, 2004; Sarlet, 2009; Sarmento, 2000, 2006 e 2010; Sarmento e Souza Neto, 2008; Souza Neto, 2005 e 2006; Vieira, 1994 e 2008) aportam relevantes contribuições ao debate, ainda que enfocando aspectos distintos e apoiando-se em abordagens diversas. No entanto, amparando-se apenas em casos e não em dados, parte dessa literatura colabora para a difusão da crença de que judicialização implica “avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos”. Pogrebinschi, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

convalidação ou revalidação de atos normativos do Congresso Nacional. Acrescente-se a este fato o percentual de 86,68% relativo a indeferimentos, com ou sem julgamento de mérito.

Tabela 4.1 ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009) (requerido: Legislativo Federal)

Resultado final	Número de ações	%
Sem julgamento de mérito	374	74,35
Improcedente	62	12,33
Procedente em parte	32	6,36
Procedente	35	6,96
Total	503	100,00

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(iii) o STF não ocupa um vácuo normativo do Poder Legislativo. Entre os anos de 1988-2009 a medida que o STF julgava procedente (parcialmente ou no todo) uma ADI ou ADPF contra norma do Congresso Nacional havia uma média de 11,75 projetos de lei em tramitação sobre o mesmo assunto e em média, 2,6 normas vigentes promulgadas pelo Congresso Nacional que disciplinam o mesmo tema, embora com certa diferença.

Tabela 4.2 Atividade legislativa do Congresso Nacional anterior à decisão do STF: médias (1988-data da decisão)

Tipo de atividade legislativa	Média
Projetos	11,75
Normas	2,60
Total de proposições legislativas	14,35

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(iv) O STF não enfraquece o Poder Legislativo obstaculizando as decisões da vontade majoritária. Após, o STF julgar procedente (no todo ou em parte) uma ADI ou ADPF contra lei ou ato normativo do Poder Legislativo federal, houve uma resposta do mesmo ente que apresentou na média de 6,85 projetos de lei posteriores sobre o mesmíssimo assunto da impugnação e destes em média 1,29 foi convertido em lei.

Tabela 4.3 - Atividade legislativa do Congresso Nacional posterior à decisão do STF: médias (data da decisão-2009)

Tipo de atividade legislativa	Média
Projetos	6,85
Normas	1,29
Total de proposições legislativas	8,14

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(v) O STF impulsiona a agenda legislativa. Após decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (no todo ou em parte) de norma do Poder Legislativo federal, há projetos de lei, em média, 16 meses após a decisão judicial, 45,83% são apresentados em menos de 6 meses após o julgamento do STF. A aprovação da legislação após o tem tempo médio 32 meses entre a declaração de inconstitucionalidade e a promulgação pelo da norma superveniente.

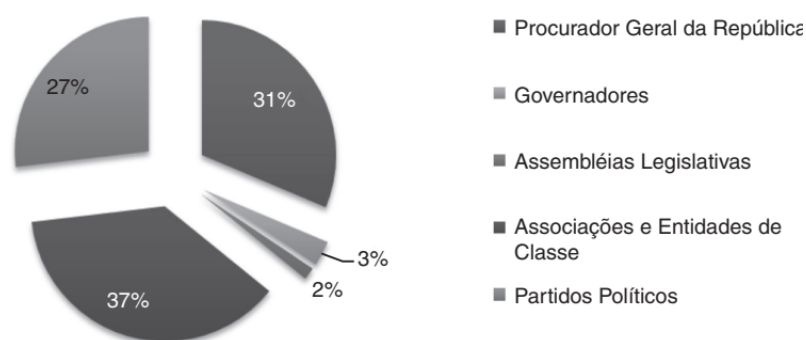
Tabela 4.4. Tempo de resposta: projetos imediatamente posteriores às decisões do STF (1988-2009)

	Projetos	%
0 a 6 meses	22	45,83
6 a 12 meses	5	10,42
12 a 18 meses	5	10,42
18 a 24 meses	6	12,50
Mais que 24 meses	10	20,83
Total	48	100

Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(vi) o STF não é favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão majoritária eleita ao longo de todos os governos federais desde 1988. A proporção de ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal julgadas procedentes ou improcedentes durante o período é harmônica, sabendo-se que 85% das leis aprovadas pelo Poder Legislativo têm iniciativa no Executivo.

Gráfico 4.5. ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por autoria (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)



Fonte: Pogrebinschi, 2011.

(vii) O STF, no julgamento das decisões procedentes (total ou parcial) é realizado através da interpretação conforme a Constituição, pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão. As interpretações adotadas demonstram deferência ao Poder Legislativo, limitando os efeitos de suas decisões.

Os dados expostos revelam uma atuação parcimoniosa do STF. Nega-se por tanto a inércia ou deficiência do Congresso. Segundo o estudo, a Suprema Corte brasileira vem exercendo sua função contramajoritária de forma prudente e moderada e em certa medida fortalecendo a vontade majoritária (pela via do controle de constitucionalidade).

As conclusões da autora, no entanto, não devem ser tomadas como definitivas pois tangenciam apenas um aspecto da judicialização. Outra condição a ser debatida são as decisões de grandes questões políticas e morais que vem paulatinamente sendo decididas pelo Judiciário. A noção acerca da contramajorietariedade deve ser apoiada não apenas na invalidação de atos normativos do Poder Legislativo, mas na defesa e promoção dos direitos de grupos minoritários.

Conforme estudo empreendido pela UNB e citado neste trabalho as temáticas de direitos fundamentais julgadas pelo STF são baixas. No que tange a temas tão essenciais deve-se combater a visão de “supremocracia”

A judicialização da política seria a resolução de temas que deveriam ser resolvidos pelos órgãos “políticos” legitimados pelo voto e que passam a ser decididos em caráter definitivo pelo órgão judiciário o que gera constrangimentos como (i) a falta de legitimidade democrática formal; (ii) ausência de capacidade institucional e (iii) críticas que denunciam um “governo de juízes”

4.2 A LEGITIMIDADE DO STF

Kermit Roosevelt III¹⁵³ ao perscrutar a noção e delineamentos do ativismo judicial acaba recorrendo a ideia de legitimidade para compreensão da atuação do judiciário em questões políticas para classifica-las em legítimas ou ilegítimas. Desta forma poder-se-ia apontar como legítima se a decisão da Corte guardasse determinado respeito e consideração em relação aos demais poderes, nas palavras do autor: “se nossa preocupação é se o Tribunal está abusando de seu poder e usurpando as funções de outros ramos do governo, como críticos que a chamam de "ativista", a falta de deferência apropriada é a forma básica que tal abuso e usurpação tomariam”¹⁵⁴.

Roosevelt III, tenta descolar o significado de ativismo judicial adotado pelo senso comum que assumiu uma conotação genérica na qual se atribuiria decisões proferidas de acordo com as convicções políticas pessoais do magistrado. Desta forma, para delimitar e classificar as decisões se utiliza não do conceito de ativismo, mas da noção de legitimidade. O ativismo seria, para o autor, a decisão judicial que tornasse sem efeitos as leis, pois desta forma o Judiciário estaria substituindo os governos eleitos e excluindo a deliberação por mecanismos majoritários¹⁵⁵. Por óbvio, Roosevelt vê o ativismo como algo nocivo através do qual os juízes extrapolam o papel delimitado pela Constituição.

Não obstante as críticas de Roosevelt e seu posicionamento, ao transmutar suas ideias ao contexto brasileiro deve-se ter claro a nítida diferença entre o sistema *civil law* (românico-germanico) adotado de forma preponderante por aqui. Os juízes americanos na forma do *commow law* (anglo-saxão) detém maior liberdade na sua atuação para criação de direitos através dos precedentes. Já os julgadores brasileiros no contexto do positivismo jurídico têm “amarras” que não permitem uma interpretação mais livre da norma, principalmente da Constituição.

O que merece destaque é que não raro a doutrina brasileira tem confundido a noção de ativismo e legitimidade do judiciário. Roosevelt III delimita a noção de legitimidade com base na deferência do Judiciário perante outros órgãos.

¹⁵³ ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 43.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 44.

A Judicialização da política e ativismo são meios pelos quais os tribunais constitucionais têm ganhado destaque. Uma questão importante é a legitimidade das cortes para declarar a nulidade de normas promulgadas por representantes do povo. Tradicionalmente, ao Judiciário tendência atribuído a função de proteger minorias e garantir o funcionamento do processo democrático. Desse modo, no caso brasileiro, as a proteger minorias seriam a forma de legitimar sua atuação, desta forma elaboraram-se instrumentos pelos quais a sociedade civil interagiria com poder judiciário e participaria na construção dos sentidos do texto constitucional.

Torna-se fundamental legitimar a participação de minorias sexuais na construção de direitos através de um diálogo institucional com o STF, mas principalmente trazer elementos que demonstrem e reforcem a legitimidade da Corte para defesa das minorias e manutenção do processo democrático. Desta forma, é necessário romper a impermeabilidade constitucional no STF e utilizar teorias que melhor acomodem a sistemática moderna. Devemos superar a noção de legitimidade indireta ou oblíqua.

4.3 JÜRGEN HABERMAS

A permeabilidade da Corte Constitucional pressupõe uma discussão efetiva com atores da sociedade. Desta forma, a teoria da democracia deliberativa proposta por Habermas na atuação contramajoritária da corte possibilita um modelo comunicativo que abre espaço para a pluralidade e a possibilidade de que as minorias sexuais excluídas da política possam ser ouvidas e não apenas isso, mas que influenciem nas decisões.

A pertinência do modelo teórico da democracia deliberativa pleiteada neste trabalho está delimitada sobre os grupos minoritários. Não defendemos a extensão ou generalidade do sistema deliberativo em contraposição a democracia representativa ou um ataque ao modelo vigente de divisão de poderes, eleições periódicas, regra da maioria, organização do poder político por meio de votos etc. Defende-se que determinados grupos de indivíduos devem ter no mínimo acesso a política e ao sistema democrático e para tanto é necessário regras e procedimentos específicos para a igualdade dos atores. Consequentemente, a necessidade de diferenciação procedimental - entre a maioria e a minoria - deve estar ancorada em um substrato teórico e legítimo para evitar um discurso de “acesso por acesso” e determinados aspectos da democracia deliberativa permitem traçar um sustentáculo que privilegiem as minorias.

A crítica formulada é que se determinados setores da sociedade possuem número suficiente para representação no sistema político partidário brasileiro – mesmo que de forma indireta – outros grupos além de não contarem com qualquer representante – pela dimensão quantitativa minoritária e fragmentação – podem ser alvos de perseguição da vontade majoritária. Embora não se negue que a representação indireta nem sempre reflita a verdadeira opinião dos representados, o fato é que as minorias não possuem qualquer representação.

Nesta concepção o grande representante da noção de democracia deliberativa foi Jürgen Habermas, que uniu as noções de direito e democracia através da deliberação, assim quanto mais deliberação e democracia, mais haverá Estado de Direito. A relação entre o sistema jurídico e os cidadãos apenas ocorre de forma mais aceitável, se há consentimento livre e racional dos cidadãos para o cumprimento das normas – esta seria a fonte da legitimidade da lei. Conforme relata Consani:

“Habermas sustenta que em uma época pós-metafísica a legitimidade do direito deve ser buscada na relação entre a autonomia privada e pública dos indivíduos, ou seja, o direito somente será legítimo se for produzido por meio de um procedimento democrático no qual a soberania popular se fez presente e que ao mesmo tempo preserve os direitos fundamentais dos cidadãos. Assim sendo, a única base aceitável para a formação do direito legítimo é um consenso não-coercitivo e racional entre indivíduos autônomos.”¹⁵⁶

Essa sistemática proposta pelo autor alemão está vinculada a necessidade de uma nova resposta diante da tensão criada entre o republicanismo e o liberalismo que coexistem na modernidade. No republicanismo há um reconhecimento da identidade dentro da comunidade – identidade de costumes e valores – e os direitos advêm da soberania popular democraticamente organizada (dimensão ética). Pressupõe-se a figura do povo, nação, classe etc. Já no liberalismo há direitos humanos universais dos indivíduos que devem ser respeitados (dimensão moral), assim, pressupõe-se a figura do sujeito em pequena escala, o indivíduo¹⁵⁷. Essa tensão pode ser abreviada “entre a autonomia pública, consubstanciada na soberania popular, e a autonomia privada, representada pelos direitos e liberdades fundamentais”¹⁵⁸

¹⁵⁶ CONSANI, Cristina Foroni. A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade. **Dois Pontos**, [S.l.], v. 13, n. 2, ago. 2016. ISSN 2179-7412.p. 86 Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/43115>>. Acesso em: 04 out. 2019.

¹⁵⁷ DURÃO, Aylton Barbieri. Direito e democracia em Habermas. **Argumentos-Revista de Filosofia**, v. 7, n. 14, 2016.

¹⁵⁸ CONSANI, 2016. p. 86

Habermas propõe uma alternativa intermediária baseada em dois princípios: (i) o Princípio do Discurso no qual as normas são válidas se todos os possíveis atingidos puderem dar seu assentimento desde que o critério de julgamento das normas se baseasse na imparcialidade e no discurso racional. Nas palavras do autor:

D: São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. Entram nesta formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado “válidas” refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por “normas de ação” expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, “atingido” é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente.¹⁵⁹

A aplicação do Princípio do Discurso ao direito é realizada pelo (ii) Princípio da Democracia no qual a validade legítima das leis deve encontrar o assentimento de todos pela normatização discursiva.

[...] O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.[...] o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. [...] Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada - através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantido em seus pressupostos comunicativos. [...] o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza com formas de comunicação garantidas pelo direito. [...]¹⁶⁰

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 142

¹⁶⁰ Ibidem. p. 146.

O sistema de direitos deve por um lado garantir a autonomia privada de sujeitos jurídicos assentada no (1) direito a maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação, o que exige: (2) direitos fundamentais que garantam o *status* de um membro igual e autônomo da comunidade jurídica e (3) direitos que resultem da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção judicial individual. No próximo passo os sujeitos de direito podem ser autores da ordem jurídica (autonomia pública) através de (4) direitos fundamentais à participação em igualdade de condições em processos de formação da opinião e da vontade e de criação do direito legítimo. Desta forma, tais direitos implicam em (5) direitos fundamentais a condições de vida.¹⁶¹

Diante desses direitos, o processo democrático estabelecerá o seu conteúdo. Já a forma pela qual os indivíduos participarão da criação do direito legítimo é feito através do modelo normativo de democracia, denominado *política deliberativa*. Na política deliberativa, o procedimento de tomada de decisão tem que respeitar determinadas condições sendo desenvolvida através da *esfera pública parlamentar* (a vontade política) e *esfera pública geral* (forma a opinião). A relação entre esfera pública geral e esfera pública parlamentar estabelece-se a partir do fluxo comunicativo da primeira para a segunda, de modo que os temas relevantes adentrem o debate parlamentar. Cabe aos representantes políticos ouvir o espaço público e deliberar sobre os assuntos tematizados. Assim, a democratização do poder relaciona-se com a abertura da esfera pública parlamentar (representantes eleitos) às demandas da esfera pública geral e do quanto a deliberação tomada na esfera pública geral vinculará a esfera pública parlamentar.¹⁶²

Estabelecidos os pressupostos da teoria habermasiana e dentro desta estrutura teórica devemos questionar o papel e a legitimidade das Cortes Constitucionais? Por que a presente teoria legitima o STF a atuar como instância de resolução de questões políticas envolvendo minorias sexuais? Por que há a necessidade de dar voz e participação a esse determinado grupo?

Considerando as ideias apresentadas por Habermas devemos questionar se as Cortes Constitucionais podem ser espaços públicos que possibilitem a participação de todos os interessados na interpretação constitucional a partir da argumentação racional e democrática. Podemos traduzir essas questões com enfoque da presente pesquisa da seguinte forma: a Corte

¹⁶¹ Ibidem, p. 159-160.

¹⁶² CONSANL, p. 87-88

Constitucional deve possibilitar o acesso das minorias sexuais e também garantir a participação de seus membros?; A interpretação constitucional deve ser concretizada a partir da discussão entre a sociedade (compostos por segmentos contrários e favoráveis a determinação questão acerca das minorias sexuais) de forma deliberativa (os membros da corte devem de fato dialogar/debater/responder os argumentos e questões sustentados pela sociedade) e através da argumentação discursiva e racional?.

Para Habermas a atribuição das Cortes Constitucionais é assegurar os procedimentos democráticos para a formação da opinião e conseqüentemente da vontade políticas. Assim, atuariam como protetoras do processo de legislação democrática (processo de criação democrática do Direito).

Verifica-se que a opinião pública seria formada no espaço público, local em que ocorreriam os debates entre os atores sociais com um fluxo comunicativo, a partir do qual os representantes políticos de modo vinculado produziram a vontade política. Deve haver garantias de que a participação do cidadão no processo de formação da opinião vinculaem a vontade política, logo a opinião seria institucionalizada através de um sistema administrativo. Esse entendimento fica mais explícito nas palavras de Botelho:

[...]A constituição do código do poder implica que o sistema administrativo organiza-se juridicamente através de uma estrutura ramificada em âmbitos de competência autorizadores da tomada de decisões que vinculam coletivamente. Este fato leva Habermas a considerar o Direito como o instrumento através do qual o poder comunicativo é transformado em administrativo. O Direito, porém, deve ser reciclado pela justiça e, neste sentido, entende Habermas que essa relação demanda cada vez mais um chamamento dela para justificar-se não apenas diante de uma opinião pública fechada, isto é, composta por especialistas, mas perante o fórum dos cidadãos[...]¹⁶³.

Habermas demonstra em um primeiro momento que o local legítimo para a produção de normas seria no âmbito dos poderes Legislativo – primordialmente – e Executivo. O Judiciário – particularmente a Suprema Corte – não seria, em tese, o verdadeiro local de espaço público o que não implicaria a necessidade de democratização dos tribunais. A Corte não poderia criar o Direito, vez que seu papel é unicamente a aplicação da norma enquanto que as fundamentações das mesmas estariam vinculadas ao procedimento legislativo.

¹⁶³ BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. 2012.

O Direito é legitimado pelo processo democrático no qual deve assegurar simultaneamente a autonomia pública e privada (sistema do direito) e permitir o fluxo comunicativo. Consoante Botelho:

[...] Habermas afirma que o tribunal constitucional poderá assumir um papel de tutor, nunca de regente que substitui um incapaz. Isso significa que o mister do tribunal constitucional é tutelar o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade. Sua tarefa é garantir a abertura desses procedimentos a todos os interessados, a liberdade de acesso à práxis pública argumentativa, a defesa dos direitos humanos e a soberania popular. Seu papel, como bem ressaltado por Habermas, não pode ser o de substituto dos cidadãos nesse procedimento argumentativo e de formação de leis (aqui entendida a interpretação das normas constitucionais).[...] ¹⁶⁴

Neste sentido, o que defendemos na presente pesquisa sob a ótica habermasiana é justamente a inexistência do sistema de direitos apregoada pelo filósofo. As minorias sexuais estigmatizadas e a marginalizadas pela sociedade e pelo sistema político tradicional não desfrutam de uma plena autonomia pública ou particular. Ou seja, não possuem *status* como membro igual e autônomo da comunidade jurídica; não possuem possibilidade de postulação judicial em comparação a outros membros da comunidade; não tem participação em igualdade de condições na formação da opinião pública na vontade e de criação do direito legítimo.

A influência das minorias na formação da vontade política pressupõe ao menos dois aspectos (i) a garantia de que diversas posições e argumentos sejam levados em consideração (ii) A decisão tenha sido pautada em um procedimento considerado democrático. A questão é que não havendo um canal formal e vinculante para ligar a opinião da sociedade e de minorias à esfera pública parlamentar, apenas grupos com poder econômico, político ou com reconhecimento social conseguiriam veicular suas ideias. Assim a institucionalização de canais de participação direta é condição de para se para que as minorias tenham influam nas decisões.

O conteúdo é menos importante do que o processo e as formas que garantem a reflexão pública e a liberdade para a produção do consenso A concepção procedimentalista do Direito é fundamental na legitimidade do controle jurisdicional da Constituição. A Constituição deve determinar os procedimentos políticos que permitam aos indivíduos – pela autodeterminação – perseguir condições mais justas de vida. O procedimento de criação do direito deve assegurar o direito de todos a participarem igualmente na formação dos sentidos jurídicos. Assim,

¹⁶⁴ Ibidem, p. 210.

torna-se indispensável espaços imparciais que permitam a manifestação das pluralidades e a produção de consensos, logo os ambientes discursivos devem ser acessados por todos.

Em um ambiente da Corte Constitucional onde os juízes são membros das maiorias, o processo de deliberação deve envolver os sujeitos diretamente atingidos

4.4 NANCY FRASER

Nancy Fraser utiliza-se de dois paradigmas essenciais em sua teoria que tentam superar o problema da injustiça social e que até então seriam considerados por outros intelectuais como opostos, tais sejam: (i) a “redistribuição” pela qual a injustiça seria fruto de políticas socioeconômicas excludentes e a sua superação se daria pela extinção das diferenças e não pelo seu reconhecimento; (ii) o “reconhecimento” pelo qual haveria duas correntes para superação da injustiça social (a) o enaltecimento das diferenças e valorização dos grupos excluídos e (b) a desconstrução das diferenças¹⁶⁵.

O que Fraser apregoa é que não há oposição entre as teses, mas uma complementaridade necessária, pois a injustiça social é vivenciada pelos grupos excluídos pela ausência da distribuição de bens e a falta de reconhecimento. A redistribuição deve combater as injustiças sociais através das reformas socioeconômicas como também extirpar as injustiças de identidade. Já o reconhecimento apesar de baseado em movimentos de identidade, deve abranger também as políticas de desconstrução. Desta forma adotar-se-ia ambas dimensões de justiça que é sintetizado na chamada “paridade de participação”, segundo o qual “[...] a justiça requer arranjos sociais que permitam aos membros adultos de uma sociedade interagir uns com os outros como pares”¹⁶⁶. Em suma, a paridade de participação demanda a distribuição de recursos materiais que deve fornecer voz aos membros (condição objetiva) e que os valores culturais institucionalizados espelhem uma igualdade de estima social (status social ou “status model of recognition”) e de oportunidades (condição intersubjetiva).

Determinados grupos excluídos são coletividades bivalentes (grupos afetados tanto pela redistribuição como pelo reconhecimento). Mas a depender do caso concreto a bidimensionalidade não ocorre na mesma medida ou na mesma proporção. No caso das

¹⁶⁵ FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003.p 9-16

¹⁶⁶ FRASER, Nancy. **Feminist politics in the age of recognition: A two-dimensional approach to gender justice**. Studies in Social Justice, v. 1, n. 1. 2007. p. 27

“classes” há uma maior inclinação para a redistribuição, mas a desigualdade econômica inclui um falso reconhecimento mesmo que este seja subordinado ao componente econômico. Já a questão da sexualidade¹⁶⁷ tende mais para o reconhecimento, pois a causa principal é a injustiça heterossexista e não tanto a estrutura econômica, mas a falta de reconhecimento implica em problemas de distribuição decorrentes das consequências econômicas negativas de um grupo tido como excluído. Há figuras híbridas que são marcadas concomitantemente pela distribuição econômica desigual, como pela falta de reconhecimento, sendo que uma categoria não decorreria de outra e uma não prevalece sobre a outra como ocorre nas coletividades de gênero e raça (diferenciação social bidimensional)¹⁶⁸. Em suma, toda forma de injustiça seja ela de classe, de sexualidade, de gênero ou de raça envolvem problemas de distribuição e de reconhecimento, o que varia é o grau de participação de cada injustiça sobre determinada coletividade. Devemos nos atentar que determinado membro pode ser afetado por ser membro de várias coletividades o que demonstra a interseccionalidade entre raça, gênero, classe e sexualidade.

Demonstrada a relação entre redistribuição e reconhecimento, Nancy Fraser une essas categorias através do paradigma de justiça social, mas para isso enfrenta as quatro dimensões: a filosófica moral, a teoria social, a teoria política e a prática política.

Em relação ao movimento LGBT podemos abordar a teoria de Fraser reunindo elementos que permitam uma atuação judicial – em relação as questões das minorias sexuais – atenta aos pressupostos expostos o que tornaria as decisões do STF mais justificáveis e legítimas. Assim, entende-se que a orientação sexual e identidade de gênero desprezados (LGBTs) é resultado de uma ordem cultural dominante heterossexista e que gera uma falta de distribuição a estes grupos em virtude da negatividade de sua identidade, o que gera menores oportunidades, renda etc.

A forma de participação paritária, segundo Fraser, deve ser guiada de forma dialógica com fundamento em argumentos e dentro de um cenário democrático de debates públicos.

¹⁶⁷ FRASER, Nancy. **Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler**. In: **Adding Insult to Injury**, p. 59

¹⁶⁸ Conforme aprofundamento de Fraser, *in verbis*: “In essence a status injury, it is analytically distinct from, and conceptually irreducible to, the injustice of maldistribution, although it may be accompanied by the latter. Whether misrecognition converts into maldistribution, and vice versa, depends on the nature of the social formation in question.”, tradução livre: “Em essência, uma lesão de status, é analiticamente distinta e conceitualmente irreduzível à injustiça da má distribuição, embora possa ser acompanhada por esta última. Se o reconhecimento errôneo se converte em má distribuição e vice-versa, depende da natureza da formação social em questão.” FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. Verso, 2003.p. 16-26.

4.5 PETER HÄBERLE

Peter Häberle, constitucionalista alemão, teve uma enorme influência no direito constitucional brasileiro através de sua obra seminal, traduzida por Gilmar Mendes, “Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição”¹⁶⁹. A ideia central do autor, de maneira resumida, é a de que a interpretação da Constituição deve ser realizada por toda a sociedade.

O modelo de interpretação constitucional tradicional esteve vinculado a uma “sociedade fechada” focalizada nos juízes e nos procedimentos. Diante desse sistema e com o intuito de muda-lo, o autor propõe a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição¹⁷⁰.

A interpretação derivada do “sistema fechado” estaria vinculada as corporações e participantes formais legitimados pela lei. No entanto, a interpretação constitucional é integrante da sociedade aberta, pois todos (“participantes materiais do processo social” e “potências públicas”) estão nela envolvidos de modo que tal interpretação é elemento resultante da sociedade aberta e elemento formador ou que constitui essa sociedade. A interpretação constitucional envolveria, assim, cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública que são forças produtivas de interpretação. Conforme Häberle “Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma”¹⁷¹.

Uma objeção óbvia a essa visão seria a falta de unidade de interpretação e da própria Constituição ante a número de atores envolvidos na interpretação da norma. NO entanto as

¹⁶⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 13.

¹⁷¹ Ibidem, p. 14-28.

regras de interpretação nos levariam justamente ao “concerto” da conjugação dos diversos intérpretes de onde surge a unidade da Constituição¹⁷².

A legitimação da Constituição e de sua interpretação está na práxis, ou seja, no fato de que as forças pluralistas devem atuar na realidade para a interpretação constitucional. Logo, a práxis legitima a teoria e não o contrário e a Constituição deve entender essa dinâmica, pois não deve tratar os atores sociais e privados como mero objetos, mas integrá-los como sujeitos. A teoria da democracia como legitimação, ganha o seguinte sentido por Häberle:

No Estado constitucional-democrático coloca-se, uma vez mais, a questão da legitimação sob uma perspectiva democrática (da Teoria de Democracia). A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente "competente", a Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (*Grundrechtsverwirklichung*), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do "aspecto democrático" dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente. "Povo" não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão¹⁷³.

Desta forma, a legitimação democrática deve fugir das visões tradicionais sobre democracia e alcançar o sentido de interpretação das normas constitucionais através possibilidade de livre discussão do indivíduo e de grupos.

Mas e quanto a legitimidade do STF para atuação em questões políticas e morais de competência do Legislativo? Häberle (em referência a Corte Constitucional alemã – *Bundesverfassungsgericht* que estendemos ao Supremo Tribunal brasileiro) revela que uma Corte Constitucional deve ser cautelosa na aferição da legitimidade das decisões do legislador

¹⁷² Ibidem, p. 29-33.

¹⁷³ Ibidem, p. 36-37.

ordinário, ou seja, o controle judicial de determinadas leis (leis estas aprovadas com participação e controle da opinião pública pelo legislador) que geram grande interesse do povo e que provocam discussões permanentes (lei sobre ensino superior, reformas do Código Penal, aborto etc) devem ser avaliadas pelo Judiciário de modo a considerar a legitimação democrática, decorrentes da participação de inúmeros atores no processo democrático de interpretação constitucional. O Tribunal deve garantir a função integrativa da Constituição e controlar a participação dos diferentes grupos na interpretação sendo que sua decisão deve considerar os interesses de quem não participou do processo interpretativo e o nível de participação delimitaria o tamanho do controle. “Um minus de efetiva participação deve levar a um plus de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”¹⁷⁴. Conforme o autor:

Para a conformação e a aplicação do direito processual resultam conseqüências especiais. Os instrumentos de informação dos juizes constitucionais - não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei - devem ser ampliados e aperfeiçoados especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação (84) no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas "intervenções"). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juizes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas (*atingidos*). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui. Indubitavelmente, a expansão da atividade jurisdicional da Corte Constitucional significa uma restrição do espaço de interpretação do legislador. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.¹⁷⁵

As teorias de Peter Häberle influenciaram fortemente na criação nas audiências públicas e nos *amici curiae* que atualmente constituem um dos fundamentos do processo de interpretação da Constituição é um modelo procedimental oferecem alternativas e aberturas a pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo de interpretação constitucional. O

¹⁷⁴ Ibidem, p. 44-46.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 46-49.

amplo acesso e participação de sujeitos no controle de constitucionalidade de normas concederia legitimidade à decisão do Tribunal Constitucional face ao ato questionado. Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos fontes de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e eventuais interessados assegurando-se novas formas de participação das forças pluralistas como intérpretes em sentido amplo da Constituição.

5 ANÁLISE DE CASOS

As ações de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade que envolvem direitos LGBT junto ao STF são: ADI nº 3299; ADI nº 3300; ADI nº 4275; ADI nº 4277; e ADPF nº 132. A presente análise tangenciará as questões substanciais dos julgamentos, pois o foco pretendido são os aspectos de índole processual.

5.1 ADI Nº 3299: A EXCESSIVA RIGIDEZ PROCESSUAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3299¹⁷⁶ ajuizada pela Associação de Incentivo à Educação Saúde de São Paulo e Outros (CF, 103, IX) questionava a inconstitucionalidade do art. 235, do Código Penal Militar “ Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar. Pena - detenção, de seis meses a um ano.”. O relator Ministro Carlos Velloso negou seguimento a ação que não deveria ser feita por via de ADI, vez que a lei questionada era anterior a Constituição de 1988.

A referida ação foi ajuizada em 2004 foi uma das primeiras ADIs (conforme metodologia explicada na introdução) que envolvem direitos das minorias sexuais. Isso demonstra que a abertura implementada na Constituição e o diálogo social com movimentos da sociedade civil, em especial com as minorias sexuais, foi tímida. A ação não prosperou sob o argumento de impossibilidade de exame de constitucionalidade de lei anterior à constituição pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, mesmo que a norma pré-constitucional seja superveniente à Constituição. Entendeu-se que o eventual conflito deveria ser envolvido no plano do direito intertemporal, tratando-se, portanto, de caso de mera revogação, e não envolvendo propriamente um juízo de constitucionalidade. Nota-se em primeiro plano que as Associações ligadas a defesa de minorias sexuais não possuíam no início das judicializações experiência em litígios estratégicos. Apesar do Relator ter fixado os seus argumentos na questão processual, certamente as Associações seriam consideradas ilegítimas (art. 103, IX, CF)

¹⁷⁶ ADI 3299, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 21/09/2004, publicado em DJ 29/09/2004 PP-00016.

Na ação, a temática envolve direitos fundamentais nucleares da Constituição, pois a norma do art. 235, CPM confere tratamento desigual entre os que tem orientação homossexual e heterossexual, de forma que os atos sexuais heterossexuais são considerados 'normais' e os homossexuais são considerados crimes. Diante de tal perspectiva, colocamos em xeque a rigidez dos parâmetros utilizados para negar seguimento a ADI nº 3299 que poderia ser recebida com a readequação necessária. Por óbvio, que se a intenção é dialogar com a sociedade (conforme intenção da CF/1988), os mecanismos de comunicação devem ser simplificados.

Os poderes do Relator demonstram uma exacerbação de poderes que atinge inclusive ações sobre direitos fundamentais (que em nossa ótica possuem preferência em relação as demais).

No mais, a ADI-MC de n. 3.833, de relatoria do min. Carlos Britto, DJ de 14.11.2008, firmou o entendimento de que não é admissível controle de constitucionalidade por via abstrata de norma editada quando em vigor a redação primitiva da constituição de 1988 (ou seja, o texto originário, sem as emendas constitucionais). Ocorre que, neste julgado, vários ministros indicaram uma mudança de posicionamento, ao suscitarem a possibilidade de questionar-se a eficácia de norma pré-constitucional frente à constituição atual. Entendemos que a possibilidade de retirada da força normativa, em sede de ADI, da norma pré-constitucional deve ser regra no que tange a direitos fundamentais ou que envolvam minorias.

5.2 ADI Nº 3300: O RELATOR

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3300¹⁷⁷ ajuizada em 2004 pela Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo e a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo questionavam a constitucionalidade do Art. 1º, da lei da união estável (“é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família) que regula o art. 226, § 3º, Constituição Federal (“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,

¹⁷⁷ ADI 3300 MC, Relator(a): Min. Celso de mello, julgado em 03/02/2006, publicado em DJ 09/02/2006 PP-00006 RTJ VOL-00200-01 PP-00271 RDDP n. 37, 2006, p. 174-176 RCJ v. 20, n. 128, 2006, p. 53-60 RSJADV jul., 2007,

devendo a lei facilitar sua conversão em casamento). Desta forma, pretendia-se o reconhecimento da união homoafetiva como família.

O processo foi extinto por decisão monocrática do Relator Ministro Celso de Mello por duas razões: a) a ADIN que impugnou norma (art. 1º, lei da união estável que foi revogado pelo art. 1723, Código Civil (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”)); b) Meio processual inadequado, pois o objetivo de questionar norma originária da Constituição (art. 226, § 3º, CF) deve ser por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

No caso em epígrafe, podemos averiguar que (i) As mesmas associações que ajuizaram a primeira ação em controle abstrato (ADI nº 3277) também perpetraram a segunda ação (ADI nº 3300) o que aponta uma atuação concentrada ou a desarticulação de entidades do movimento LGBT na questão da judicialização das demandas, pois a ADI nº 3299 e 3300 foram ajuizadas no mesmo dia (13/09/2004) e ambas foram julgadas improcedentes por erros processuais ; (ii) a ação de reconhecimento e igualdade formal das uniões homoafetivas foi ajuizada em 2004, recebida pelo Relator e julgada em 2006 apenas para declarar que a ação era inadequada; (iii) o Relator tem amplos poderes e pelo que se demonstra independentemente do assunto, mesmo que seja a postulação de direitos mais básicos do ser humano, pode julgar a questão monocraticamente; (iv) a ação demonstra que o STF não possui filtros adequados para que ações desta dimensão sejam priorizadas; (v) o prazo para que o Relator profira decisão não conta com fiscalização ou com instrumentos que permitam requisitar o julgamento em face da morosidade, ainda mais quando percebemos que o direito discutido é a igualdade formal entre os indivíduos; (vi) o STF em determinadas situações, considerando o alto relevo do tema como direitos fundamentais violados e considerando o postulante, deveria flexibilizar a noção de “instrumento processual adequado” para readequar as ações (por exemplo através da instrumentalidade das formas) e julgá-las no mérito; (vii) Necessidade de mecanismos que permitam o aditamento da ação; (viii) Apura-se que o movimento LGBT através de associações apresentavam graves problemas no que tange a estrutura jurídica e a linguagem do direito, ao menos neste in, tanto que percebemos o simples erro na análise de inconstitucionalidade do art 1º, lei 9.278/1996 sem verificar que a revogação se opera de duas formas: expressa e tacitamente, além do erro no instrumento processual adequado.

5.3 ADPF Nº 132 E ADI Nº 4277: *AMICUS CURIAE*

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132¹⁷⁸ convertida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277¹⁷⁹ possuem idêntico tema e foram julgadas em conjunto. Ambas postulam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar e também dos mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis que devem se estender aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Apesar das graves dificuldades para ajuizamento¹⁸⁰, essas duas ações transformaram a relação entre as minorias sexuais e o STF e também foram um marco na luta pela cidadania sexual.

Em 2011, o STF reconhecia de modo unânime, a legitimidade das uniões homoafetivas para que o art. 1723, Código Civil fosse interpretado conforme com a Constituição (“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”)

Analisaremos da ação, a participação dos *Amici Curiae* (as conclusões aqui firmadas também foram verificadas nos demais Acórdãos que envolviam a participação de entidades). Em relação as ações propostas anteriormente (ADI 3299 e ADI 3300) houve um significativo

¹⁷⁸ ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001

¹⁷⁹ ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212

¹⁸⁰ Reproduzimos o fragmento do subcapítulo 2.5 onde descrevemos o relato de Daniel Sarmeto sobre as dificuldades para a propositura da ADPF 132 e conseqüentemente ADI 4277). “Daniel Sarmeto relata que no ano de 2006 integrava o Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Ministério Público Federal que dialogava com inúmeras entidades do movimento LGBT. Desses encontros surgiu a necessidade do reconhecimento das uniões homoafetivas. Assim, Sarmeto encaminhou uma representação ao procurador-geral da República para que este ajuizasse a ação perante o STF. A representação foi protocolada no começo de 2007 junto ao PGR Antônio Fernando de Souza. Passados um ano, além de não haver a propositura da ação, o PGR demonstrava que permaneceria inerte. O Grupo de Trabalho em reuniões com entidades do movimento LGBT buscaram, então, alternativas para propositura da ação no Supremo. Cogitou-se ajuizar através da Associação Brasileira de Gays, Bissexuais, Lésbicas, Travestis e Transexuais (ABGLT) - uma das maiores entidades nacionais do movimento LGBT -, mas a hipótese foi descartada, vez que o STF não admitiria a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação. Em determinada reunião Daniel Sarmeto relata que explicando aos militantes algumas alternativas mencionou a legitimidade ativa dos governadores de estado. Dentre os participantes da reunião estava Carlos Tufvesson - ativista do movimento LGBT - e que possuía bom contato com o então governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Sarmeto menciona o seu descrédito em relação a essa alternativa, pois a propositura da ação acarretaria em um custo político elevado em um Estado com grande parcela da população conservadora. Dias depois Tufvesson informaria ao Grupo de Trabalho que Cabral aceitara promover a ação, que foi ajuizada pouco tempo depois. Como se sabe, a ação viria a ser um dos grandes julgamentos da história atual do STF que acabou reconhecendo o direito a união estável por casais homoafetivos

aumento da participação de entidades e associações que se habilitaram através do instituto dos “*amicus curiae*” demonstrando um amadurecimento na atuação judicial e organização, embora isso também seja efeito da impossibilidade de atuarem em nome próprio decorrente da ilegitimidade de parte. Nas ações foram habilitados 14 (catorze) *amici curiae*. O procedimento dessas habilitações está vinculado a decisão exclusiva e monocrática do Relator, conforme o art. 7º, lei 9.868/1990 “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

Analisando os autos observamos que as peças processuais, com pedidos de habilitações dos *amici curiae*, são documentos extensos e similares as petições iniciais (inclusive com pedidos) e tem dois objetivos: i) defender uma posição como se parte fosse e ii) demonstrar a legitimidade para atuar como *amicus curiae* indicando principalmente a pertinência temática. Em face destes o relator nas decisões que deferem a habilitação, fez uma análise de fundamentação bem resumida sem qualquer consideração sobre o conteúdo.

Após as habilitações e manifestações documentais dos *amicus curiae*, o Relator em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (na audiência também podem falar os *amicus curiae*).

Na ADI em questão realizou-se audiência pública (alguns ministros não estavam presentes) e lavrou-se ata que indicava de forma resumida a palavra dada às entidades. Quando passamos ao acórdão que julgou procedente a ação, apuramos que os ministros mencionaram em seus votos apenas 09 (nove) vezes¹⁸¹ a atuação e os argumentos lançados pelas entidade e

¹⁸¹ Colacionamos aqui os trechos: 1) O Ministro Ayres Britto no relatório: “8. Consigno, ademais, que, em razão da complexidade do tema e da sua incomum relevância, deferi os pedidos de ingresso na causa a nada menos que 14 *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. Assentando, dentre outros ponderáveis argumentos, que a discriminação gera o ódio. Ódio que se materializa em violência física, psicológica e moral contra os que preferem a homoafetividade como forma de contato corporal, ou mesmo acasalamento [...] 12. À derradeira, registro que, também nesta última ação de controle abstrato de constitucionalidade, diversas entidades requereram seu ingresso na causa como *amicus curiae*. [...]” grifo nosso; 2) O Ministro Luiz Fux em seu voto: “Impende estabelecer algumas premissas fundamentais para a apreciação da causa. A primeira delas, bem retratada nas petições iniciais e nas diversas manifestações dos *amici curiae*, é a seguinte: a homossexualidade é um fato da vida. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população. A segunda premissa importante é a de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção

em geral a menção é de forma indireta. Dentre os votos destaco o de Celso de Mello que melhor dialoga com o presente estudo:

[...] ressaltar as valiosíssimas sustentações orais aqui produzidas, seja pelas partes, seja pelos terceiros que intervieram como “*amici curiae*”[...] I. I. A intervenção do “*amicus curiae*”: fator de pluralização do debate constitucional e resposta à questão da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal com a efetiva atuação das partes e, ainda, com a intervenção de diversas entidades e instituições representativas da sociedade civil, pluralizou-se o debate constitucional em torno da matéria ora em julgamento (ADI 2.321-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) e permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal dispusesse de todos os elementos necessários à resolução da controvérsia, viabilizando-se, com tal abertura procedimental, a superação da grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte [...] quando no exercício de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. Este Supremo Tribunal, no desempenho da jurisdição constitucional, qualifica-se – tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES (“Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 503/504, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor) - como “mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”, em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno do litígio constitucional (INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, “As Idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro”, “in” RDA 211/125-134, 133), conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, tudo para que não se instaure, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável déficit de legitimidade das decisões que o Supremo Tribunal Federal profere no exercício, em abstrato, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional. . É, portanto, nesse papel de intermediário entre as diferentes forças que se antagonizam na presente causa que o Supremo Tribunal Federal atua neste julgamento, considerando, de um lado, a transcendência da questão constitucional suscitada neste processo (bem assim os valores essenciais e relevantes ora em exame), e tendo em vista, de outro, o sentido legitimador da intervenção

sexual. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção – também relatada pelos diversos *amici curiae* – de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, *sponte propria*, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência;[...]” grifo nosso 3) O Ministro Gilmar Mendes em seu voto “ “Senhor Presidente, eu também gostaria de ressaltar a importância deste debate, a partir das sustentações orais apresentadas e da participação dos diversos requerentes, requeridos e *amici curiae*, e mostrar, inclusive, a beleza desse processo constitucional que permite uma participação tão ampla e plural no âmbito da nossa jurisdição constitucional [...] É, dessa forma, portanto, que fundamento neste julgamento a possibilidade de utilização da interpretação conforme à Constituição. Colhe-se dos elementos dos autos e das sustentações dos *amici curiae*, bem como do conteúdo do voto do Eminentíssimo Ministro Relator Ayres Britto e dos votos daqueles que o sucederam, que o argumento determinante da ação é o de que essa norma legal tem servido para fundamentar decisões no sentido negativo à pretensão formulada em juízo, com o objetivo de se reconhecer a formalização da união entre pessoas do mesmo sexo.[...]” grifo nosso; 4) O Ministro Celso de Mello (o trecho está destacado no corpo do texto);

de representantes da sociedade civil, a quem se ensejou, com especial destaque para grupos minoritários, a possibilidade de, eles próprios, oferecerem alternativas para a interpretação constitucional no que se refere aos pontos em torno dos quais se instaurou a controvérsia jurídica [...].

Verifica-se que apenas Celso de Mello em determinado momento cita de modo expresso¹⁸² a manifestação de uma das entidades e procura dialogar com os seus argumentos. Os demais ministros do STF ou mencionaram a participação das entidades de forma retórica e indireta ou simplesmente se silenciaram.

A análise dos votos demonstra que a forma de diálogo implementado entre a sociedade e o STF através do sistema da democracia deliberativa e participativa deve ser reformulada para propiciar um fluxo comunicativo que não existe.

Interessante notar que mesmo quando os votos procuram “dialogar” com os argumentos e manifestações dos “amigos da corte”, os trechos selecionados nos votos servem simplesmente para corroborar a posição do ministro, o que implica na ausência de diálogo entre a posição de um julgador e os argumentos contrários. Outro ponto de destaque é que as fundamentações dos votos têm seu conteúdo fundamentado em doutrina acadêmica (há centenas de citações de autores que versam sobre a questão sexual, filosófica, constitucional etc) e jurisprudencial sem qualquer referência as considerações feitas pelas entidades.

O Acórdão demonstra que em determinados momentos os ministros debatiam determinadas questões, o que enseja uma reflexão crítica sobre a forma das votações em plenários e a ausência de “voz” que ocorre nas deliberações em plenário.

Conclui-se, ainda que, manifestações documentais e em audiência de forma oral das entidades nunca foram de fato analisadas de forma direta e completa (o relator apenas recebe e defere as habilitações). As argumentações lançadas no plenário é mera formalidade se tornando um mero monólogo, pois não são objeto de análise ou de menção. Não há sequer transcrição em texto dos depoimentos em audiência (ao menos, não no processo). Por fim, a derradeira oportunidade de estabelecer um diálogo nas votações em plenário se mostra inexistente, com menções supérfluas. Também, apontamos que entre a sustentação oral e efetivo julgamento do Pleno, decorre um lapso de tempo que retira a vivacidade das manifestações que chegam em plenário, reduzidos a mera ata.

¹⁸² O Ministro Celso de Mello mencionou extensas observações feitas pelo o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual.

5.4 ADI Nº 4275: O PROLONGADO ANDAMENTO PROCESSUAL

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275¹⁸³ foi ajuizada em 2009 pela Procuradoria Geral da República para que o art. 58 da Lei de Registros Públicos (“o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”) fosse interpretado conforme a Constituição. Ou seja, pleiteava-se o direito à igualdade sem discriminações através da identidade ou expressão de gênero possibilitando que a pessoa transgênero se autoidentificasse no que tange a identidade de gênero e conseqüentemente a alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros. O processo teve ampla participação de *amicus curiae*.

A ação foi julgada procedente reconhecendo aos transgênicos, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

A análise da ADI 4275 se centrará nos andamentos processuais¹⁸⁴ (as conclusões quanto a participação dos *amici curiae* são similares ao que ocorreu na ADI nº 4277 e ADPF nº 135 e podem ser notadas na ADI nº 4275). O processo demorou cerca de 10 (dez) anos para ser julgado apesar de envolver um direito cuja supressão e frustração descaracteriza a própria essência do Estado democrático de direito (lembramos que a maior parte dos julgamentos do STF envolvem questões constitucionais de caráter secundário¹⁸⁵ e corporativo).

A ação foi recebida em 21/07/2009 e dias depois o ministro presidente, à época Gilmar Mendes, considerando a relevância da matéria determinou a requisição de informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 dias e a remessa dos autos Advogado-Geral da

¹⁸³ ADI 4275, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019

¹⁸⁴ Na pesquisa junto da ADI nº 4275 no site do STF, verificamos imensas lacunas e confusões para entendimento da ordem processual de forma que adotamos o critério lógico e o os procedimentos previstos na lei 9.868/1999.

¹⁸⁵ Segundo entendimento de José Afonso da Silva, pelo qual nos orientamos, a Constituição compreende normas e princípios. Os princípios insculpidos na Constituição, por sua vez, se desdobram em i) princípios político-constitucionais ou princípios constitucionais fundamentais que traduzem as opções políticas conformadoras da Constituição e ii) princípios jurídico-constitucionais que são derivados dos fundamentais. DA SILVA, José Afonso. Os princípios constitucionais fundamentais. **Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região**, v. 6, n. 4, p. 17-22, 1994.

União e ao Procurador-Geral da República para manifestação. Em 31/07/2009 o processo foi distribuído e a relatoria ficou a cargo do Ministro Marco Aurélio. Logo após as manifestações da AGU e PGR, o processo retornaria ao Relator em 23/09/2009. Em 06/06/2011 o processo seria movimentado novamente, não pelo Relator, mas pela tentativa de habilitação do Instituto Brasileiro De Direito De Família - IBDFAM como *amicus curiae* no processo (Observa-se que a ação ficou paralisada durante 02 (dois) anos sem qualquer movimentação, o que novamente traz os questionamentos já pontuados sobre o Relator e seus poderes) pelo qual o Relator em 15/06/2011 admitiu a participação do Instituto. Após, a ação encontrou novamente a “gaveta” do Relator, até que em 22/04/2013 o Nuances - Grupo pela Livre Expressão Sexual e a Igualdade – Associação de Travestis e Transexuais do RS impulsionaram o processo com suas habilitações. Seguiu-se um despacho sumário de Marco Aurélio pedindo a regularização da documentação sendo que em 25/09/2013 a decisão final indeferiu as habilitações em relação ao grupo Igualdade por não juntar o estatuto e ao Nuances por verificar que a sua atuação é apenas local. Desde 2013 perpetuou-se a dinâmica entre processo de habilitações e impulsos promovidos pelas entidades e ausência e inércia do Relator que apenas deferia ou indeferia as habilitações. Em 06/07/2017 restou deferida a última habilitação de modo que restaram fixadas como *amicus curiae*: A Associação Brasileira De Gays, Lésbicas E Transgêneros – ABGLT; Centro Latino-Americano Em Sexualidade E Direitos Humanos – CLAM : Conselho Federal De Psicologia; Defensor Público-Geral Federal; Grupo De Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; Grupo Dignidade - Pela Cidadania De Gays, Lésbicas E Transgêneros; Instituto Brasileiro De Direito De Família – IBDFAM; Laboratório Integrado Em Diversidade Sexual E De Gênero, Políticas E Direitos- LIDIS. Foram 06 (seis) anos de movimentações no processo apenas para habilitação e manifestação das entidades, certamente o lapso do tempo e a demora permitiram a habilitação das entidades, mas cremos que seja um efeito indireto da morosidade do relator ante a urgência com que o movimento LGBT via na pauta do reconhecimento no registro civil. Em 20/03/2017 (três meses antes da última habilitação), o Relator pediu a inclusão na pauta para julgamento do Pleno. Em 07/06/2017 iniciou-se o julgamento em plenário com apresentação do relatório e das sustentações orais (ausente Gilmar Mendes). O julgamento seria retomado em plenário em 28/02/2018 com as votações de alguns ministros, sendo suspenso e finalizado em 01/03/2018. Por fim, a publicação do acórdão foi realizada em 07/03/2019 com o trânsito em julgado em 20/03/2019.

O processo se iniciou em 21/07/2009 e terminou formalmente em 20/03/2019. Da cronologia dos fatos, nota-se: (i) grande parte do impulso processual não partiu do requerente

(PGR), mas de atores do movimento LGBT que atuam de forma incidental na figura de *amicus curiae*. Isso apenas corrobora o equívoco na forma de interpretação do art. 103, IX, CF inadmitindo a participação da sociedade civil como parte ativa; (ii) as manifestações, habilitações das entidades e a sustentação oral foram os principais procedimentos que aconteceram nos autos de 2011 até 2017. Ou seja, durante 07 (anos) ou 70% do tempo do processo foram utilizados para manifestação da sociedade. No entanto, a resposta ou o diálogo (assim como constatados na ADI 4277 e ADPF 132) entre STF e os habilitados foi praticamente nula. A ação em epígrafe, considerada a relevância da matéria, teve uma morosidade que certamente permitiu a violação de direitos das minorias sexuais até o julgamento.

6 CONCLUSÃO

A presente conclusão tem como objetivo rever de forma concisa os temas tratados ao longo do trabalho, explorando de forma crítica, e sugerir com base nas reflexões alguns mecanismos, estratégias e caminhos que auxiliem ao Judiciário no enfrentamento da impermeabilização da Corte ou mesmo para que a reflexão crítica no trabalho sirva de parâmetro aos magistrados para mudanças de postura individual e eventual promoção de transformações sistêmicas. Pelo lado das minorias sexuais, visamos dar maior visibilidade, acesso a política, reconhecimento, paridade de participação, igualdade de participação nas decisões políticas que os afetem de forma mais sensível etc.

A Constituição Federal de 1988 promoveu inúmeros e profundos avanços, principalmente com a inclusão de diversos direitos fundamentais e remédios constitucionais que os cidadãos poderiam utilizar em caso de lesão a tais direitos. O sistema democrático brasileiro é denominado como democracia semidireta que visa uma participação mais intensa da sociedade na política tanto que estão presentes na Carta Magna princípios que denotam um modelo de democracia social, participativa e pluralista. No entanto, todas essas formas de relação entre a população e os poderes ficaram restritas às pretensões dos constituintes, tendo maior amplitude de consequências sobre as minorias, especialmente as minorias sexuais, objeto de investigação deste trabalho.

Os canais de diálogo entre minorias e a política tradicional demonstrou-se bloqueado ou muito restrito nos anos que se seguiram após 1988. Atualmente o conservadorismo acentuado que permeiam o Legislativo Federal e no Executivo dificultam ainda a comunicação. Desta forma, as minorias sexuais como uma das poucas opções para defesa de direitos passaram a recorrer ao Judiciário na modalidade do controle abstrato/concentrado de constitucionalidade através do denominado litígio estratégico.

A Constituição foi o instrumento utilizado como porta de acesso ao diálogo e de promoção de demandas junto ao Judiciário, pois além do rol de direitos fundamentais, inclui em seu texto, mesmo que de modo restrito, mecanismos processuais para ajuizamento de ações por minorias.

A Jurisdição Constitucional exercida pelo STF foi o principal espaço onde tais demandas foram julgadas e de certo modo propagadas pela mídia gerando grande repercussão. Como examinado diversos fatores, em especial o fenômeno da judicialização da política

catapultou o Pretório Excelso para um protagonismo na vida social e política brasileira que concomitantemente passou a sofrer da dificuldade contramajoritária e de questionamentos sobre a legitimidade existente para que o órgão decidisse questões de alto valor político e moral que na teoria tradicional da democracia estaria ligado aos demais poderes investidos do voto direto. Como resposta, o STF adotou um discurso e fundou suas argumentações na possibilidade de acesso, participação e diálogo com a sociedade como forma de legitimar as decisões que mais sensíveis para a população.

O movimento LGBT insere-se neste contexto judicializante com determinadas peculiaridades. Eskridge informa que o Direito tem um papel essencial na formação dos movimentos sociais com base na identidade, que incluem as minorias sexuais, pois a articulação foi realizada em torno dos direitos previstos na Constituição. A mudança e aceitação das minorias sexuais frente a uma sociedade heterossexista é desenvolvida ao longo do tempo no que denomina “*step-by-step process*” (processo passo-a-passo). O desenvolvimento desta perspectiva e o gradual reconhecimento torna possível uma maior atenção dos juizes e políticos para a aquisição de mais e mais direitos.

No Brasil, a judicialização das demandas LGBTs passou por um processo semelhante ao exposto por Eskridge e o conceito de cidadania sexual foi vital para os direitos recém adquiridos e também auxiliou, em partes e limitadamente, a legitimidade das decisões.

O presente estudo notou diversas mistificações e também um descompasso entre as teorias e a práxis no que tange as formas de acesso e os meios para a efetivação dos direitos das minorias sexuais junto as Cortes Constitucionais o que implica em uma refutação dos argumentos do STF sobre o acesso, participação e diálogo com a sociedade e conseqüentemente de sua legitimidade. Entendemos que a validade da atuação judicial para ser completa, necessita de mecanismos de representação e influência da sociedade e das próprias minorias nas decisões, vez que o STF possui uma legitimidade indireta. Ou seja, a articulação de princípios do ordenamento jurídico brasileiro não esgota a legitimidade das decisões e a ausência de efetiva participação das minorias nas deliberações demonstram que não há uma democratização do espaço público que permitiria a paridade de participação de minorias sexuais.

O STF pouco enfrenta questões que envolvem direitos fundamentais conforme estudo empírico realizado na UNB. Sua atuação restringe-se a discussões corporativas e do próprio Estado, demonstrando o desvirtuamento da função que a Constituição Federal atribuiu ao STF no controle de constitucionalidade que em tese deveria privilegiar os direitos fundamentais e

funcionar como instituição protetora das minorias. O estudo empírico também freia em certa medida o discurso excessivo de “judicialização da política”, pois a temática sobre minorias sexuais e temas morais e políticos divisivos representam uma ínfima porcentagem e possibilita uma atuação com maior liberdade sem que seja apregoado uma posição excessivamente política.

Na construção da Constituição Federal de 1988 a sociedade civil teve papel decisivo, o que resultou na ampliação da participação popular em detrimento dos mecanismos de representação tradicional. O princípio de democracia deliberativa, da democracia participativa e a ampliação dos legitimados para propositura de ações de controle abstrato de constitucionalidade (art. 103, IX) demonstram de forma concreta a vontade na abertura política. No entanto, a referida atuação restrita da corte possui causas históricas, políticas, sociais e até mesmo institucionais através de uma forte jurisprudência defensiva que limitou a comunicação.

O acesso das minorias sexuais a jurisdição constitucional, além do ajuizamento de ações de forma indireta, também pode ser feito através dos pedidos de *amici curiae* ou da realização de audiências públicas. Como dito, a abertura democrática e o diálogo entre sociedade civil e o STF proposta pela CF/1988 objetivava fortalecer a cidadania e estes dois institutos possibilitariam a participação social na construção dos sentidos da Constituição. No entanto, a prática confirma que a baixa efetividade e eficiência destes instrumentos.

As reformas devem caminhar para permitir uma permeabilidade da Corte Constitucional aos cidadãos, mas principalmente às minorias estigmatizadas como o movimento LGBT por justamente não conseguirem proteger seus direitos na via da política majoritária. Desta forma, o Judiciário deve ser permeável a tais grupos, e se o caso, impor medidas que os protejam. A sistemática deve alcançar casos excepcionalíssimos como no caso das minorias.

O discurso de legitimação da jurisdição constitucional e sua prática efetiva são díspares. A guinada proposta por este trabalho visa impelir o STF a atuar verdadeiramente em seu papel, para tanto as teorias modernas de democracia são essenciais para tal desiderato. Jürgen Habermas, Nancy Fraser e Peter Häberle são alguns dos marcos teóricos fundamentais e apesar de muitos ministros referenciam as proposições teóricas dos autores em seus discursos, nota-se que as falas são meramente retóricas e a aplicação de fato é superficial. Em suma, é necessário: (i) implementar a participação ativa do cidadão criando oportunidades para que os indivíduos participem efetivamente do processo decisório que os afetam o que

reflexamente leva a decisões mais legítimas, justas e aceitáveis; (ii) a existência da igualdade dos participantes no processo de Jurisdição Constitucional, assegurando direitos de participação na vida pública, o que necessita do reconhecimento da identidade; (iii) o uso da dupla perspectiva da democracia pluralista através da teoria empírica captando a realidade social e da teoria normativa fixada em um sistema político aberto permitindo a todos os grupos a chance de influenciar efetivamente as decisões políticas.

Os casos concretos apresentados através das análises de alguns Acórdãos de direitos relacionados às minorias sexuais demonstram que todos os problemas mencionados são reais e evidenciam: (i) a rigidez processual com parâmetros ilógicos que impossibilitam a análise de ações baseadas em direitos fundamentais nucleares; (ii) os poderes excessivos do Relator que monocraticamente pode influenciar no sucesso ou insucesso de determinado litígio; (iii) a baixíssima influência dos *amicus curiae* nas decisões e a falta de diálogo com os votos dos ministros o que indica que as manifestações documentais das entidades nunca foram de fato analisadas de forma direta e completa; (iv) o prolongado andamento processual injustificável, pois nas ações com a presença de *amicus curiae* a maior parte do tempo processual está ligado às suas habilitações e manifestações, mas a resposta a esses petições e a comunicação é quase nula.

As justificativas apresentadas e as problematizações elencadas permitem sugerir mudanças para a permeabilidade do Supremo Tribunal Federal. Tais sejam: (i) a necessidade da reinterpretar o art. 103, IX, CF o que ocasionaria, logo de início, uma abertura à sociedade civil e às minorias sexuais com uma alteração da função do STF que poderia de fato lidar com um maior número de casos voltados aos direitos humanos e fundamentais. A mencionada revisão provocaria uma maior abertura do órgão à sociedade civil e aos movimentos sociais, com a consequente alteração do seu papel institucional. Defendemos que a facilidade em acessar à Corte Constitucional é um mecanismo de distribuição de poder político (grupos estigmatizados que não são representados nos poderes políticos tradicionais). A abertura do controle concentrado de constitucionalidade levaria ao reconhecimento de direitos e concomitantemente promoveria uma transformação na participação e na deliberação nas decisões do STF; (ii) Os problemas de diálogo entre a Corte, os legitimados processuais e agentes da sociedade civil (nas audiências públicas e participação dos *amicus curiae*) refletem a baixa paridade participativa na construção dos sentidos da Constituição. A atuação dos *amicus curiae* e a convocação de audiências públicas são apontadas pela doutrina e pelo STF como instrumentos de democratização da corte, mas como verificado no trabalho, essa situação não

uma situação real e positiva, servindo apenas como justificativa retórica de legitimação para intervenção judicial. Assim estes mecanismos para de fato concretizarem a democratização devem possibilitar o acesso de diferentes agentes de forma igualitária e que suas manifestações e visões de mundo sejam levadas em consideração nas votações; (iii) um redimensionamento dos poderes do Relator.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck. **Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização.** *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, 2014
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de et al. **A revogabilidade política das decisões do STF: a vulnerabilização na tutela de direitos fundamentais e o especial prejuízo aos grupos LGBT.** 2013
- BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada. **Revista Política Hoje.** Volume 25, n. 2. 2016.
- BARROSO, Luis Roberto e OSÓRIO, Aline. **Democracia, crise política e jurisdição constitucional: o protagonismo constitucional.** P.3. Disponível em: <http://www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br/doutrina/democracia-crise-politica-e-jurisdicao-constitucional-o-protagonismo-da-suprema-corte-do-brasil>.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** Editora Saraiva, 2017
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7ª edição São Paulo : Saraiva, 2016
- BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento.** São Paulo: Saraiva, 2014
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira.** Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014
- BINENBOJM, Gustavo. Aspectos processuais do controle abstrato da constitucionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, 1999
- BOBBIO, Norberto et al. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas.** 2012.
- BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

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

BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9096compilado.htm>

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 108**. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário, Brasília, 13/04/1992. DJ, 05.06.1992

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 42**. Relator: Paulo Brossard. Plenário, Brasília, 24/09/1992. DJ, 02.04.1993

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 894**. Relator: Néri da Silveira.. Plenário, Brasília, 25/06/1993. DJ, 20.04.1994

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845779**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Edições Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. Arraes Editores, 2018.

_____, Daniel Carvalho. (Im)possibilidades de acesso à jurisdição do STF por movimentos sociais: alguns fatores de limitação. **Revista Publicum**. Rio de Janeiro, v.4, n.1, 2018, p. 135. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum> DOI: <https://doi.org/10.12957/publicum.2018.3195>.

CARDOSO, E. **Litígio estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: análise de casos da Corte Interamericana**. São Paulo: Universidade de São Paulo (Dissertação de Mestrado).

_____, E. L. C. **Cortes supremas e sociedade civil na América Latina: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. 2012.

CNUDH, Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 18. Out. 2008. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_18.pdf>.

CONSANI, Cristina Foroni. **A democracia deliberativa habermasiana e o déficit de representatividade**. Dois Pontos, [S.l.], v. 13, n. 2, ago. 2016. ISSN 2179-7412.p. 86 Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/43115>>

CORBO, Wallace. **As minorias e o STF**. O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/as-minorias-o-stf-13568581>

COSTA, Alexandre e BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais. Universidade de Brasília, Working Paper. Abril 2014. p. 1 – 84. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>

DIMOULIS, Dimitri, LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional - Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais**, 4ª edição, 2016

DURÃO, Aylton Barbieri. Direito e democracia em Habermas. Argumentos. **Revista de Filosofia**, v. 7, n. 14, 2016.

ESKRIDGE JR, William N. Channeling: Identity-based social movements and public law. U. Pa. L. Rev., v. 150: 419, 2001

_____, _____. **Comparative Law and the Same-Sex Marriage Debate: A Step-by-Step Approach Toward State Recognition** (2000). Faculty Scholarship Series. 1509. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1509>

FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região, organizador. Psicologia e diversidade sexual. São Paulo: CRPSP, p. 12-13, 2011.

FACCHINI, Regina. Sopa de letrinhas. **Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos**, v. 90, p. 109, 2005

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

FERREIRA, Carolina Cutrupi. **Os Critérios de Legitimidade Reconhecidos Pelo Supremo Tribunal Federal Para Propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade**. . Acesso em: 13/10/2019. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/publication/os-criterios-de-legitimidade-reconhecidos-pelo-supremo-tribunal-federal-para-propositura-de-acao-direta-de-inconstitucionalidade/>>.

FRASER, Nancy. **Feminist politics in the age of recognition: A two-dimensional approach to gender justice**. Studies in Social Justice, v. 1, n. 1. 2007

_____, _____. **Heterosexism, Misrecognition, and Capitalism: A Response to Judith Butler**. In: Adding Insult to Injury

_____, _____. HONNETH, Axel. Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange. Verso, 2003

GOMES, Juliana Cesário Alvim. **Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição**. Salvador: Podivm, 2016

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I tradução: Flávio Beno Siebeneichler Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.251, maio-ago. 2009

_____, _____. **The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide**. *Fordam Law Review*, v. 75, n. 2, 2006

KELSEN, Hans. **Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit**, VVDStRL 5, 1928, p-80-1; Cf também tradução italiana de Carmelo Geraci, La Garanzia giurisdizionale della Costituzione, in La giustizia costituzionale, Milão, 1980

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. **Deliberação e Procedimento no STF: discutindo a relação**. Tese de doutorado. Disponível em: http://www.bdt.d.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10314

KOERNER, Andrei. **Uma Análise Política do Processo de Representação de Inconstitucionalidade Pós-64**. Rio de Janeiro: Revista da EMARF, Cadernos Temáticos

LINHARES, Emanuel Andrade (Ed.). **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. Grupo Editorial Nacional, 2016. p. 8-14.

MEDEIROS, Pedro. **Uma introdução à teoria da democracia**. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2016

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Adilson José. **Cidadania sexual: estratégia para ações inclusivas**. Arraes Editores, 2017.

_____, _____. Cidadania Sexual: Postulado Interpretativo da Igualdade/Sexual Citizenship: An Interpretive Principle of Equality. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 48, 2016.

_____, _____. **União homoafetiva: a construção da igualdade na jurisprudência brasileira.** Juruá Editora, 2010.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. **Revista Forense**, v. 304. 1988

NUNES, Daniel Capecchi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A iniciativa popular no sistema constitucional brasileiro: fundamentos teóricos, configuração e propostas de mudanças. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 4. p. 1709

_____, _____. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. rfd- **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [S.l.], n. 29, p. 127-157, jun. 2016. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/23669>>.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

ROOSEVELT III, Kermit. The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o Pluralismo na Encruzilhada (I) – A Justiça Constitucional como Guardiã das Minorias Políticas. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, Del Rey, n. 2, jun./dez. 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018

SARMENTO, Daniel. **Dar voz a quem não tem voz: Por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição.**

GLEZER, Rubens Eduardo (Org.). **A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso.** Rio de Janeiro: FGV Editora. 2017

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39ª edição. ed. Malheiros: São Paulo, 2016

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

SOUZA, Wilson Alves de. **Acesso à justiça.** Salvador: Dois de Julho, 2011

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. New York University Press, 1995

VELLOSO, Carlos. O supremo tribunal federal, Corte Constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 192, p. 1-28, 1993

YOUNG, Iris Marion. **Inclusion and democracy**. Oxford University press on demand, 2002.

_____, _____. **Justice and the Politics of Difference**. Princeton University Press, 2011

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

Material Bibliográfico: () Artigo Científico (X) Monografia

Graduação em Direito

Título do Trabalho: Jurisdição Constitucional e teorias democráticas: proteção constitucional de minorias sexuais,

Nome do Autor(a): Jonathan Estevam da Silva Martins

E-mail: jonathan_estevam@hotmail.com

Este e-mail pode ser divulgado (X) SIM () NÃO

Orientador(a): Adilson José Moreira

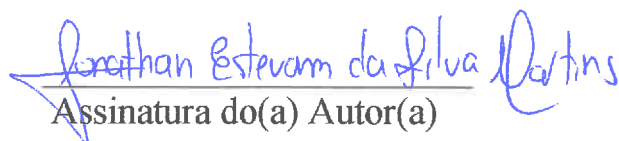
Na qualidade de titular dos direitos autorais da publicação supracitada, de acordo com a Lei nº 9.610/98, (X) AUTORIZO () NÃO AUTORIZO a Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, a disponibilizar gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, o documento, em meio eletrônico, no site da base de dados Adelpha, para fins de leitura pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada pela Universidade, a partir desta data. Igualmente, declaro que a versão do Trabalho de Conclusão de Curso entregue em meio eletrônico corresponde fielmente e na íntegra à versão similar depositada de forma impressa em papel para a defesa ou apresentação.

Motivos no Caso de Não Autorização

() Exigência de periódico de não divulgação até a publicação (exige justificativa, informe e nome do periódico)

() Outros (justificar): _____

São Paulo, 06 de novembro de 2019.


Assinatura do(a) Autor(a)

COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

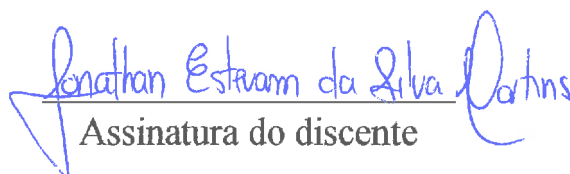
TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Jonathan Estevam da Silva Martins, aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31533744, Período 10º (décimo), Turma U, tendo realizado o TCC com o título: Jurisdição Constitucional e teorias democráticas: proteção constitucional de minorias sexuais, sob a orientação do(a) professor(a): Adilson José Moreira.

Declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 06 de novembro de 2019.


Assinatura do discente