

UMA ANÁLISE INTERPRETATIVA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMO E TRANSFOBIA PELO STF: ATIVISMO JUDICIAL OU REPRESENTATIVIDADE?

**AN INTERPRETATIVE
ANYLISES OF CRIMINALIZATION OF HOMO AND
TRANSPHOBIA BY STF: JUDICIAL ACTIVISM OR
REPRESENTIVITY?**

GT 1 – DIREITO CONSTITUCIONAL, TEORIA DO ESTADO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Pedro Crema Beraldo Junior¹
Graciele Mercedes de Oliveira Rocha²

Resumo:

Este artigo versa sobre o conceito de ativismo judicial dentro do contexto da postura interpretativa proativa do Poder Judiciário, especificamente o Supremo Tribunal Federal (STF), a corte constitucional brasileira. O protagonismo judiciário advém da luta por direitos humanos fundamentais que se iniciou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e se configura como uma das formas não representativas de garantismo e materialização desses mesmos direitos instituídos na lei constitucional. Traça um paralelo entre a proatividade do STF e o método interpretativo utilizado na criminalização da homotransfobia que se baseia na igualação do crime de racismo com essa forma de violência. O objetivo desse artigo é dissertar sobre as implicações teóricas e práticas do ativismo judicial em sua forma interpretativa, dispondo, sob a ótica dos direitos fundamentais, argumentos fáticos e jurídicos em prol dessa matéria. A metodologia utilizada é bibliográfica e explanatória, uma vez que parte dos

¹ Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Integrante do projeto de pesquisa Uma Defesa da Autonomia da Normatividade Jurídica, do Departamento de Filosofia da UEL. E-mail: joaopedrojunior.2010@uel.br

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: graciele.mercedes@uel.br

conceitos de ativismo judicial, direitos humanos e criminalização da homotransfobia.

Palavras-chave: Ativismo. Direitos. Homotransfobia.

Abstract:

This article deals with the concept of judicial activism within the context of the Judiciary's proactive interpretive stance, specifically the Federal Supreme Court (STF), the Brazilian constitutional court. The judicial protagonism comes from the struggle for fundamental human rights that began with the Universal Declaration of Human Rights, in 1948, and is configured as one of the nonrepresentative forms of guarantee and materialization of those same rights established in the constitutional law. It draws a parallel between the STF's proactivity and the interpretative method used in criminalization of homotransphobia that is based on the equalization of the crime of racism with this form of violence. The deal of this article is discourse about the theoretical and practical implications of judicial activism in its interpretative form, giving, from the perspective of the fundamental rights factual and legal arguments in favor of this matter. The methodology used is bibliography and exploratory, since it starts from the concepts of judicial activism, human rights and criminalization of homotransphobia.

Keywords: Activism. Rights. Homotransphobia.

1 INTRODUÇÃO

Envoltos pelo núcleo duro da Constituição Brasileira estão Direitos Fundamentais os quais são indisponíveis e intransmissíveis. Dentro desse núcleo rígido encontra-se a tripartição dos poderes, o que não lhes conferem exclusividades de funções, mas tão somente especificidades, tendo por base a ideia de freios e contrapesos (*checks and balances*) aspirado por Montesquieu.

Perpassando pelo entendimento do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, benéfico ou necessário no que concerne a esses direitos, tentar-se-á realizar os devidos esclarecimentos sobre o enquadramento da homotransfobia ao crime de racismo. Sendo *sui generis* pontuar que o preconceito é uma atitude negativa, com relação a um grupo ou uma pessoa em que a manifestação comportamental é a discriminação – ações destinadas a manter as características de um grupo, bem como sua posição privilegiada.

Nesse sentido, diversos pontos são levantados, como o questionamento do limite da atuação do judiciário dentro do que seriam suas atribuições características. Sendo não eleito pelo povo, qual seria o limiar de sua tutela com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais da população. O enquadramento criminal supracitado poderá abrir precedentes para um ativismo cada vez maior do Judiciário? Ou o STF apenas cumpriu sua função de representatividade? Esses, dentre outros questionamentos, tentarão encontrar suas respostas no presente artigo.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Desde o surgimento teórico-filosófico da ideia da tripartição do Poder até as tendências neoconstitucionalistas contemporâneas, o processo de garantismo, mesmo que em níveis ínfimos, de direitos para os indivíduos esteve presente nas pautas políticas. O caminho dos direitos fundamentais coincide, portanto, com o da evolução da tripartição dos poderes e de sua aplicabilidade nos plurais sistemas de governo a qual foi instituída.

A abordagem feita nesse presente artigo acerca da configuração dos direitos humanos fundamentais procura se orientar por uma perspectiva qualitativa, na qual os mesmos são construídos constantemente. Tendo em vista a visão supracitada, o que seriam os direitos fundamentais? Qual é a relação construída entre eles e o exercício do poder pelo Judiciário?

Os direitos fundamentais são normas jurídicas fundadas na dignidade humana e na restrição de poder dentro de um contexto constitucional democrático, as quais realizam a função axiológica de legitimar todo o ordenamento jurídico de determinado Estado de Direito (MARMELSTEIN, 2008, p. 20). Ao par os direitos estão em uma construção constante, a evolução garantista que os envolve precisa ser encarada através de gerações, isto é, por meio de agrupamentos das diversas conquistas pautados em valores objetivos; assim foi feito por Karel Vasak ao idealizar as três primeiras gerações de direitos.

Num primeiro momento, os direitos individuais, civis e políticos renasceram no contexto das revoluções burguesas, sob a égide do ideal da liberdade (*liberté*); em decorrência da sociedade operária estigmatizada da Revolução Industrial, foi a vez da igualdade (*égalité*) tomar as rédeas do curso desse processo, declarando a ascenção dos direitos sociais e coletivos; numa terceira onda, após os desastres vivenciados com as Guerras Mundiais, a Declaração Universal dos Direito Humanos, de 1948, veio por em evidência a fraternidade (*fraternité*), acompanhada pela dignidade humana, a fim de garantir os direitos de solidariedade referentes ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à paz (MARMELSTEIN, 2008, p. 40).

Analizando a atmosfera brasileira, o respaldo do movimento de garantismo e institucionalização dessas conquistas foi, de longe, mais claro no período de redemocratização, devido à elaboração da Constituição Federal de 1988. O conteúdo principiológico e legal presente entre os artigos 5º e 17º configura-se como um rol exemplificativo de direitos, ou seja, norteia o ordenamento jurídico em direção àquilo que deve ser provido a todo ser humano, em específico a todo cidadão brasileiro, mas, não esgota as possibilidades dentro do limite criado no momento constituinte originário.

Todavia, essa realidade abstrata não vale por si só, haja vista as condições extremas de desigualdade social no Brasil e de outras problemáticas recorrentes em nossas discussões diárias. Quando voltamos nossos olhares e atenções para os marginalizados socialmente, para os brasileiros periféricos, seu local de morada não é o mesmo idealizado por tinta e papel pelos constituintes e auxiliadores no fim do século passado. Eles vivem num reino distante dos direitos humanos fundamentais das cartas e constituições, na falta de condições básicas para a vivência, na falta de substratos básicos para uma dignidade humana, na falta, inclusive, de uma garantia do acesso à Justiça.

A postura protetiva do Poder Judiciário perante os direitos humanos, o caráter indefinido das normas pragmáticas escritas no corpo do texto constitucional e a abertura dos canais de resolução de conflitos sociais, e não meramente jurisdicionais, para o campo do Judiciário, indo além das arenas políticas, motivam um movimento de judicialização da política e politização da Justiça, com culminação no ativismo judicial. Conquanto, a discussão acerca dos

limites de atuação judiciária através dessa interpretação e do poder de discricionariedade se pontua no campo da restrição e da ponderação de valores, já que a discricionariedade e a vagueza da lei são grandezas diretamente proporcionais, isto é, a ampliação das atividades de um juiz implica numa generalização do próprio tipo legal (CAPPELLETTI, 1999, p. 42). A partir deste ponto, discernimos os limites do protagonismo judicial e de suas implicações na luta e garantia pelos direitos humanos fundamentais.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL OU INCIDÊNCIA DA FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO STF?

É imperioso avaliar que a judicialização é um fruto da onda do constitucionalismo contemporâneo, levando em consideração, ainda, a crise da representatividade política e insatisfação popular com os representantes eleitos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. A judicialização faz referência ao processo de alargamento da decisão de temáticas de repercussão e de cunho políticos até os órgãos do Poder Judiciário (BARROSO, 2012, p. 24).

Uma vez que a minoria deve ser protegida pelo Estado em sintonia obrigatória com a Constituição Federal, presumivelmente os indivíduos abarcados nesses grupos não conseguem real representatividade política. Com o objetivo de supressão dessa lacuna o Supremo atua, por meio de sua função representativa, no favorecimento desses grupos evitando-se, portanto, que possa haver uma deturpação do processo democrático com o intuito de opressão das minorias. Há razoável consenso, atualmente, de que o conceito de democracia transcende a ideia de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais (BARROSO, p. 524, 2016).

A sistematização utilizada por Barroso (2012) para caracterizar as causas e os rumos dessa via de expansão do Judiciário se baseia em três pontos primordiais: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Primeiramente, a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou a concretização

máxima da redemocratização do Brasil, gerando ondas de transformação em todo corpo judiciário, que deixou de ser um mero departamento especializado em resolução de conflitos para se tornar um segmento do poder político.

Aliada a essa primeira razão, a constitucionalização abrangente possibilitou a inclusão de matérias sociais, culturais e políticas, que eram deixadas a mercê da legislação ordinária e, portanto, se encontravam em estado de periferização nos objetivos do Estado brasileiro para com seus cidadãos. A terceira razão diz respeito ao controle de constitucionalidade instaurado com a Constituição Federal, o qual mescla influências do controle incidental e difuso dos Estados Unidos (EUA), ao possibilitar ao juiz repudiar a aplicação de determinado tipo legal por seu caráter inconstitucional, ao mesmo tempo que traz a rigidez do modelo europeu de controle de ação direta (BARROSO, 2012, p. 24).

Vale ressaltar que a politização da justiça, devido a sua recorrência na maioria das pesquisas e análises sobre protagonismo e ativismo judicial, se configura como uma face desvirtuada da atividade dos magistrados e operadores do Direito. Tal afirmativa tem por base o pressuposto de que os juízes deixam o aspecto político destoar em suas posturas e decisões, ocasionando, assim, uma contradição com os pilares da impessoalidade, imparcialidade e respeito à Constituição.

A interpretação utilizada por esses “juízes-políticos”, termo utilizado por Guarnieri para sintetizar essa figura, beira o invencionismo e gera instabilidade para o corpo do Direito (CAMPILONGO, 2011, p. 55). Haja vista que já nos debruçamos sobre a conceituação da judicialização da política, urge estabelecermos uma breve diferenciação entre a mesma e o ativismo judicial, devido ao fato de ambos habitarem o mesmo ambiente, mesmo com origens diferentes. Com relação a este objetivo, Barroso (2012) esclarece que:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...]. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (BARROSO, 2012, p. 25).

O eixo central do ativismo judicial é a pró atividade, pelo fato de focar na interpretação ampliada das normas dispostas na Constituição Federal. O

paradigma democrático/intervencionista deve ser restrito e limitado pela própria medula do imaginário constitucional presente, por exemplo, nas cláusulas pétreas e nos direitos fundamentais (STRECK, 2007, p. 55).

Numa recapitulação histórica breve, a prática ativista se originou na jurisprudência norte-americana e a mesma passou por um período de progressão no seu sentido mais literal: o ativismo judicial observado na Suprema Corte era, de início, acolhedor das posições reacionárias dos setores mais conservadores dos Estados Unidos e, somente a partir dos anos 1950, ofereceu respaldo para posturas progressistas em defesa dos direitos da mulheres, da comunidade negra e dos acusados em processo criminal (BARROSO, 2012, p. 26). Então, o que presume, observado o caso norte americano, que o apoio ao ativismo judicial em terras tupiniquins não gere consequências das mais terríveis, como o caso da segregação racial observado no caso Dred Scott v. Sanford, 1857?

Num “equilíbrio entre a ousadia e a criatividade” (BARROS, 2007, p. 233), a balança moral e jurídica do ativismo judicial dentro da cúpula jurisdicional do STF permeia uma sensibilidade aguçada para a percepção de demandas relevantes ainda não definidas pelos demais Poderes. O tato dos ministros do referido Tribunal tem como razão principal a delimitação translúcida derivada das normas constitucionais, partindo do pressuposto de que o ativismo judicial busca a maximização do potencial da Constituição Federal, sem implicar em uma intervenção no campo de criação do Direito Constitucional.

O questionamento levantado diretamente acima toma corpo para uma possibilidade de resposta a partir do momento em que percebemos as condutas tidas como ativistas dentro de nossa jurisdição em nível federal. A postura ativista inclui atos voltados à aplicação constitucional direta sem haver uma manifestação prévia do legislador, à imposição de comportamentos referentes ao Poder Público e entre outros.

5 COMPARAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DO RACISMO

5.1. O SILENCIO DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO

A ideia de freios e contrapesos, foi arquitetada primeiramente pelo pensador francês *Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu*, na sua obra “O Espírito das leis”, com base nas obras de Aristóteles (Política) e de John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil). Essa teoria está sistematizada em toda a Constituição Brasileira, e a intenção é a de impedir uma ditadura de algum dos três poderes e estancar a sobrepujança de algum sobre os demais.

Assim, diante do silêncio legislativo sobre a questão da homotransfobia, o Judiciário viu-se no encargo de preencher tal lacuna que ordinariamente abarrotam os processos judiciais e penais. Esse preenchimento não é novidade no corpo judiciário, pode ser relembrado, em perfeita consonância, o caso do escritor antisemitista Siegfried Ellwanger julgado pelo STF, cujo réu foi penalizado pelo crime de racismo, sendo a primeira vez que essa lei foi usada para tal fim. Siegfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) pelo crime de racismo resultante do exercício de atividade intelectual e empresarial, sendo que nesse caso concreto havia a publicação e venda de livros de temática antisemita, sua recorrência ao STF teve a argumentação de que os judeus não são uma raça, fato que o impediria de ser condenado por crime de racismo. Ao final, recusado o seu argumento, teve a condenação mantida pelo STF.

Os meandros desse enquadramento servem de exemplo para entender o porquê que essa mesma lei, hoje, está em perfeita sintonia com os crimes contra a comunidade LGBT+. Da sodomia à parada do *Orgulho Gay* (LGBTQUIAP+), é transparente a postura de oprimido induzida aos membros do movimento LGBT+ em toda sua completude. Se, no Brasil Colônia, a homossexualidade já era alvo de criminalização pela legislação do tempo – as Ordenações Portuguesas e, a posteriori, as Ordenações Filipinas – a qual vigorou por longos dois séculos de exploração e submissão ao regimento colonial (PRESTES; VIANNA, p. 314, 2008), com a ascensão do Código Penal de 1890, sucessor legal do de 1830, a mesma orientação sexual foi alvo de deficiências lacunosas que beiravam à generalidade da temática ou ao vazio conceitual e corroboravam com uma criminalização indireta.

A supracitada forma de punição encontrava refúgio no ideário oitocentista de uma homossexualidade projetada num homossexualismo, numa patologia de ordem psíquica advinda de desordens mentais relacionadas à sexualidade, e na inexatidão legal advinda da linguagem genérica e infundamentada, o que gerava um acusamento quase instantâneo e mecânico dos homossexuais levados à justiça de crime de ato obsceno ou atentado ao pudor (GREEN; POLITICO, p. 196, 2006). A quebra do padrão de moralidade e comportamento cívico do imaginário heteronormativo acompanha a ideia de depravação moral prevista na sodomia, uma clara referência bíblica à cidade de Sodoma descrita sob a égide da apatia às práticas sexuais perversas (relações não heterossexuais monogâmicas) que lá ocorriam, considerando-as como pecados nefandos, isto é, inomináveis (TREVISAN, 2011).

Dessa forma, o combate ao pensamento homo transfóbico é muito mais do que a defesa de uma minoria, é a defesa do pluralismo da Constituição, consagrado de forma pétrea na Carta Magna, porque encontra-se tanto dentro do artigo 5º, inciso IV, além de estar entrecortada por toda a Carta Constitucional, como observa-se nos artigos 8, 17, 45 e 206. Estes princípios, como o pluralismo, serão norteadores para o ordenamento jurídico e deverão ser abrangidos no sistema como um todo (PEREIRA, 2006, p. 24).

De acordo com o pensamento de Borrillo (2010), a homofobia se define, sob linhas gerais e abstratas, como a atitude hostil e apática que tem como vítima ou foco passivo da ação ou discurso os indivíduos do movimento LGBT+, sejam eles homens, mulheres, ou, fugindo da realidade empírica da vivência intelectual do autor em questão, seres humanos não binários.

A violência, a qual varia desde a agressão seguida de assassinato até a difamação verbalmente proferida a um convivente *queer*, está situada em duas dimensões: a pessoal e a cultural, respectivamente. A primeira forma traça um paralelo com a rejeição das figuras *queer* na vida dos homofóbicos, corroborando com os aspectos físicos e psicológicos da violentação. A segunda percorre os veios das instituições sociais, dos círculos macroscópicos da humanidade, da sociedade analisada como um todo – por mais fragmentado e plural que seja esse aglomerado – e promove a repulsão da homossexualidade como um fenômeno social (BORRILLO, p. 22, 2010).

A pesquisa Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil, realizada entre 2008 e 2009, inferiu que 99% do total de 2.014 entrevistados pertencentes à população urbana com mais de 16 anos afirmou a existência de preconceito contra a população LGBT+ no Brasil. Conquanto, o número percentual de entrevistados assumindo suas próprias posturas preconceituosas foi inferior: enquanto 92% afirmaram existir preconceito contra gays e lésbicas, 90%, contra bissexuais e 93%, contra travestis, apenas 26% admitiram impetrar ações preconceituosas contra gays, 27%, contra lésbicas e bissexuais, e 28% contra travestis (VENTURI; BOKANY, 2011).

É interessante pontuar que outros grupos minoritários de nosso país – os negros, os idosos, as mulheres, as crianças e adolescentes, os índios e as pessoas com deficiência física e mental – possuem algum mecanismo legal voltado a suas demandas e condições inferiorizantes, ao par que os componentes da parcela populacional LGBT+ continuam tendo a defesa tutelada renegada pelo aparato jurídico-governamental. O quadro abaixo categoriza tais legislações:

Grupos Minoritários	Criminal
Idoso	CP: Art. 61, II, h; 121, § 4º; 121, § 7º, II; 133, III; 140, § 3º; 141, IV; 148, § 1º, I; 159, § 1º; 171, § 4º; 183, III; 203, § 2º; 207, § 2º; 244. 7.210/19849: Art. 32, § 2º; 82, § 1º. 3.688/4110: Art. 21, par. único
Mulher	CP: Art. 37; 61, II, f e h; 121, VI; 125; 203, § 2º; 207, § 2º. 7.210/19849: Art. 14, § 3º; 19, 77, § 2º; 82, § 1º; 83, § 2º; 89, I, II; 117, IV; 152.
Criança/ Adolescente	CF: 5º, L. CP: Art. 27; 61, II, h; 111, V; 135; 148, § 1º, IV; 149, § 2º, I; 149-A, § 1º, II; 159, § 1º; 203, § 2º; 207, § 2º; 213, § 1º; 217-A; 218; 218-A; 218-B; 225, par. único; 227, § 1º; 230, § 1º; 244; 245; 247; 248; 249; 288, par. único. 7.210/19849 : Art. 52, III; 89; 117, IV. 3.688/4110: Art. 19, b, c; 50, § 1º
Deficiente	CP: Art. 121, § 7º, II; 129, § 11; 140, § 3º; 141, IV; 149-A, § 1º, II; 203, § 2º; 207, § 2º; 217-A, § 1º; 218-B. 7.210/19849 : Art. 32, § 3º; 117, III.
Índio	CP: Art. 203, § 2º; 207, § 2º.
Negro	CP: Art. 140, § 3º; 149, § 2º, II. CF: Art. 5º, XLII.
LGBTQUIAP+	X

Fonte: Paula, Silva e Bittar (2017, p.4).

5.2. INSTRUMENTOS PARA O COMBATE ÀS OMISSÕES LEGISLATIVAS E EXECUTIVAS.

Diante da omissão legislativa, existem dois instrumentos necessários para sanar essa grave problematização lacunar: o mandado de injunção ou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Nesse ínterim, ao chegar ao STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra os crimes homo transfóbicos n.26/DF e o Mandado de Injunção 4.733/DF, decidiu o STF pela aplicabilidade das disposições contidas na LEI 7.716/1989 - Crimes de Preconceito e Discriminação aos delitos envolvendo homofobia e transfobia.

Pode-se afirmar que a efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBT+ – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Queers, Intersexuais, Assexuais, Pansexuais e outras identidades de gênero e de sexualidade não contempladas na sigla atualmente adotada – e notadamente a implementação dos mandados de criminalização contidos no art. 5º, XLI ("a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e XLII ("a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), da Constituição Federal, levou o Supremo Tribunal Federal a ocupar o vácuo deixado pelo Poder Legislativo (MASSON, 2020, p.22).

6 O PAPEL DO STF DIANTE DA OMISSÃO LEGISLATIVA E EXECUTIVA

É interessante ressaltar que na seara da obrigação do Congresso Nacional de elaborar as leis, bem como de acordo com o princípio da reserva legal, encontram-se dois limites conhecidos como *übermassverbot* e *untermassverbot*. Sendo que *übermassverbot* é a proibição do excesso, ou seja, não se pode adotar medidas exageradas para crimes de potenciais ofensivos pequenos, mas também não se pode ter uma proibição de proteção insuficiente, ou seja, *untermassvebot*. Nesse sentido, a questão da homo transfobia é facilmente enquadrada em um caso de *untermassvebot*, que, pelo silencio do legislador, a proteção para esse grupo estava aquém da insuficiência, sendo

inexistente. A proibição deficiente consiste em não se permitir uma lacuna na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais (ESTEFAM, 2018, p.125-126).

Diante de situações nas quais se comprova a denominada Inconstitucionalidade por Omissão a função representativa do poder Judiciário é demonstrada nas clássicas situações como o reconhecimento da entidade familiar das uniões homoafetivas, a cota para negros em concursos e o direito dos presos, bem como a decisão do *habeas corpus* coletivos em que as mulheres confinadas deveriam cumprir a prisão domiciliar na pandemia Covid19 em suas casas. Nesses *concretis casibus* não foram leis que compatibilizaram os direitos dessas minorias, mas sim julgamentos do STF.

Talvez esse tipo de posicionamento não fosse uma conformação majoritária na sociedade, mas a proteção de um direito fundamental à igualdade legitimava a atuação (BARROSO, p. 534, 2016). Nesse sentido o papel representativo do poder judiciário no controle de constitucionalidade é materializado por meio de decisões judiciais que reconhecem a omissão inconstitucional do legislador e estabelece, com base em normas constitucionais, parâmetros, com a finalidade de os direitos das minorias sejam factualmente preservados.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim dessa análise, podemos considerar o benefício direto da proatividade do Poder Judiciário perante determinadas temáticas sociais ainda não tratadas de maneira efetiva pelos detentores do poder representativo popular em nosso país, o Executivo e o Legislativo, que detêm a voz da população por meio da votação democrática. Vale destacar o tratamento relativo dessa matéria, já que, como exposto nas linhas supracitadas, a tripartição dos poderes é uma realidade irrevogável e imutável sob a ótica de nosso texto constitucional e suas cláusulas pétreas.

A abordagem aqui feita se apropria dos pilares interpretativos e axiológicos do pluralismo defendido dentro de nosso ordenamento jurídico a fim de propor o debate entre todas as demandas sociais de todos os variados grupos

sociais, um diálogo democrático a partir do balanço de forças institucionais perante situações de reclusão, opressão e desequilíbrio referentes às vivências minoritárias dos grupos desfavorecidos nessa luta por direitos.

Configurando-se como um caso fático de *untermassverbot* pela característica inerte e ausente dos próprios detentores da representação popular pelo voto, pela expressão volitiva direta da população – em sua maioria absoluta – acerca dessa transferência de poder. A ausência de medidas que materializem e institucionalizem direitos fundamentais abstratos necessários à defesa da vida digna dos membros da comunidade LGBTQUIAP+ ocasiona uma ruptura drástica do universo de valores da Constituição Federal e de outras cartas de direitos humanos por simplesmente desmerecer o convívio pacífico e igualitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIAGA, Carlos Eduardo; SILVA, Ana Paula; BITTAR, Cléria. Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários. **Vulnerabilidade legislativa de grupos minoritários**, [S. I.], p. 1-8, 25 nov. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-12-3841.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais: um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 519-546, abr. 2016. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/79/98>.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, p. 23-32.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil**: apontamentos para uma nova abordagem. Revista Sociologia Política, Curitiba, v. 23, p. 115- 126, nov. 2004.

Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

ESTEFAM, André. **Direito penal** - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: Teoria geral. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GREEN, James Naylor; POLITICO, Ronald. **Frescos Trópicos**: fontes sobre homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980). Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

HOMOFOBIA enquadrada na lei antirracismo. [S. I.: s. n.], 2019. Disponível em:

https://www.youtube.com/watch?v=r_aPduXcRm4&t=1650s&ab_channel=Master Juris Acesso em: 9 nov.2020.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal** – Parte Geral. v.1. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Do positivismo ao neoconstitucionalismo**. 20 anos da Constituição Brasileira. Coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Márcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, J. L. M. de. **Democracia e jurisdição**. 1. ed. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias Possíveis: Novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. "História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo". In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia; ABREU, João Francisco (orgs.). **Iniciação Científica: destaque 2007 Vol. I**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2008. p. 313-392.

PONTES DE MIRANDA, CAVALCANTE, Francisco. **Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1, de 1969)**, 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 8^a ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Record, 2011.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.). **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo/Instituto Rosa Luxemburg Stiftung, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezesete Anos de Judicialização da Política**. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2. p. 39-85.