Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Daniel Carvalho Cardinali

A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências

Rio de Janeiro

2017

Daniel Carvalho Cardinali

A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C267 Cardinali, Daniel Carvalho.

A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências / Daniel Carvalho Cardinali. - 2017.
273 f.
Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal - Teses. 2. Paradas do orgulho gay –Teses. 3.Casamento entre homossexuais – Teses. I.Brandão, Rodrigo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.726-055.3

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Daniel Carvalho Cardinali

A Judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 06 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Rodrigo Brandão (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Daniel Sarmento

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Roger Raupp Rios

Centro Universitário Ritter dos Reis

Rio de Janeiro

2017

A todas as vítimas sem nome e sem luto da LGBTfobia

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a minha mãe, Márcia, minha base e porto seguro, pelo amor incondicional e pela dedicação incansável.

Ao meu orientador, Rodrigo Brandão, pelo auxílio, incentivo, comentários e críticas que foram essenciais para o presente trabalhar ser o que é.

Aos professores que me honraram aceitando o convite para participar da minha banca: Daniel Sarmento, inspiração para quem acredita no Direito Constitucional como instrumento de transformação social e concretização de utopias; e Roger Raupp Rios, cuja produção engajada e pioneira na academia jurídica brasileira sobre a diversidade sexual abriu portas para trabalhos como este.

A todas as minhas amigas e a todos os meus amigos, por compartilharem comigo as alegrias e as tristezas que dão significado à vida.

Embora seja impossível agradecer nominalmente a todos que de forma direta ou indireta contribuíram para as reflexões que fazem parte do presente trabalho, alguns registros individuais se fazem necessários: a Luiz Fernando Esteves, pela ajuda constante durante toda a elaboração da dissertação; a Eraldo Silva, pela preciosa sugestão quanto à organização do trabalho; e a Wallace Corbo, Lucas Freire, Daniel Alves Pereira e Daniel Capecchi, pelos comentários.

Aos meus professores da graduação, do mestrado e da vida em geral, em especial a Luís Roberto Barroso, referência essencial de mais de uma geração de constitucionalistas, e a Jane Reis, exemplo de pensamento crítico, questionador e independente.

À Universidade do Estado do Rio de Janeiro, minha segunda casa, por resistir e seguir em frente apesar de tudo e contra todos; pelo ensino público de excelência; por ser um espaço

de debate franco e aberto; pelo seu papel pioneiro na luta por uma educação mais inclusiva e plural; pelo ambiente de amizade e tolerância que renova diariamente a esperança de dias melhores; por ter construído, descontruído e reconstruído profundamente minha visão de mundo ao longo dos últimos oito anos; por me fazer quem eu sou hoje.

Direitos são conquistados apenas por aqueles que fazem suas vozes serem ouvidas.
- Harvey Milk

Essa é a consequência de uma decisão da Suprema Corte, mas, sobretudo, é a consequência de incontáveis pequenos atos de coragem de milhões de pessoas ao longo de décadas que resistiram, que saíram do armário, que falaram com seus pais – pais que amaram seus filhos a despeito de tudo. Pessoas que estiveram dispostas a suportar bullying *e provocações, e permaneceram fortes, e passaram a acreditar em si mesmas e em quem elas eram, e pouco a pouco fizeram um país inteiro perceber que amor é amor.*
- Barack Obama, acerca da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Obergefell v. Hodges* (2015), que reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo em todo o país.

RESUMO

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos Direitos LGBT no STF*: limites, possibilidades e consequências. 2017. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

O presente trabalho tem por objetivo analisar criticamente a judicialização junto ao STF como estratégia para a promoção dos direitos LGBT. Parte-se da ideia de judicialização da política para examinar de que maneira tal processo de ascensão institucional dos tribunais decorre da litigância levado a cabo pelos próprios movimentos sociais como forma de reivindicação de suas demandas políticas. No primeiro capítulo, será examinada a história do movimento LGBT brasileiro, para retratar a crescente institucionalização e aliança com Estado, bem como o recurso à gramática jurídico-constitucional como linguagem preferencial para a construção de suas pautas. No segundo capítulo, será analisada a experiência comparada da judicialização dos direitos LGBT junto às Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais, com foco nos casos dos Estados Unidos, da Colômbia e da Argentina. No terceiro capítulo, serão examinadas as possibilidades e contingências do acesso da pauta dos direitos LGBT à jurisdição constitucional do STF, no tocante ao controle abstrato e concreto e por meio dos institutos dos *amici curiae* e audiências públicas. No quarto capítulo, serão inicialmente analisadas as condicionantes positivas da atuação do Judiciário, para se verificar de que maneira estes fatores extrajurídicos se fizeram ou fazem presentes nas distintas ações referentes aos direitos LGBT submetidas a apreciação do STF. Finalmente, no último capítulo serão examinadas as consequências do recurso ao Judiciário, com foco na influência do debate público e na produção de *backlash*.

Palavras-Chave: Judicialização da política. Direitos LGBT. STF. Função contramajoritária. *Backlash*.

ABSTRACT

CARDINALI, Daniel Carvalho. *The judicialization of LGBT rights in the Brazilian Supreme Court:* limits, possibilities and consequences. 2017. 273f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

The aim of this study is to critically analyze the use of the Brazilian Supreme Court as a venue for LGBT rights advancement. This work bases itself on the idea of judicialization of politics in order to examine how this process of institutional ascension of the courts stems from the litigation carried out by social movements as a way of promoting their political agenda. In the first chapter, it will be examined the history of the Brazilian LGBT movement, to portray its growing institutionalization and alliance with the State, as well as the use of legal-constitutional discourse as the preferred language for the construction of its claims. In the second chapter, the comparative experience regarding the use of Supreme Courts or Constitutional Courts for the promotion of LGBT rights will be analyzed, focusing on the cases of the United States, Colombia and Argentina. In the third chapter, the possibilities and contingencies of LGBT rights agenda access to the constitutional jurisdiction of the Supreme Court will be examined, regarding abstract and concrete judicial review and through the institutes of *amici curiae* and public hearings. In the fourth chapter, the positive constraints of the performance of the Judiciary will be analyzed, in order to verify in which way these extra-juridical factors were present in the different cases regarding LGBT rights submitted to the Brazilian Supreme Court. Finally, the last chapter will examine the consequences of litigation, focusing on the influence to public debate and the production of backlash.

Key words: Judicialization of politics. LGBT rights. Brazilian Supreme Court. Counter-majoritarian function. Backlash.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ACP	Ação civil pública
ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AgReg RE	Agravo Regimental em Recurso Extraordinário
AIDS	Síndrome da imunodeficiência adquirida
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
C-	Ação pública de inconstitucionalidade (Colômbia)
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CPM	Código Penal Militar
CSJN	Corte Suprema de Justiça da Nação (Argentina)
DEM	Democratas (partido político)
DOMA	Ato Federal de Defesa do Casamento (EUA)
DST	Doença sexualmente transmissível
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
EUA	Estados Unidos da América
FALGBT	Federação Argentina de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Trans
FPE	Frente Parlamentar Evangélica
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GGB	Grupo Gay da Bahia
GLS	Gays, lésbicas e simpatizantes
HC	*Habeas corpus*
HIV	Vírus da imunodeficiência humana

HSH	Homem que faz sexo com homens
INADI	Instituto Nacional contra a Discriminação, a Xenofobia e o Racismo (Argentina)
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LGBT	Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros
MI	Mandado de injunção
MS	Mandado de segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
ONG	Organização não-governamental
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PFL	Partido da Frente Liberal
PGR	Procuradoria-Geral da República
PL	Projeto de Lei
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PLS	Projeto de Lei do Senado
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PP	Partido Progressista
PPS	Partido Popular Socialista
PR	Partido da República
PRB	Partido Republicano Brasileiro
PROS	Partido Republicano da Ordem Social
PSB	Partido Socialista Brasileiro
PSC	Partido Social Cristão
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
PSL	Partido Social Liberal
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
PSTU	Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado
PT	Partido dos Trabalhadores
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PTC	Partido Trabalhista Cristão
PTN	Partido Trabalhista Nacional

PV	Partido Verde
RE	Recurso Extraordinário
Rede	Rede Sustentabilidade (partido político)
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
SU-	Sentença de unificação (Colômbia)
SUS	Sistema Único de Saúde
T-	Ação de tutela (Colômbia)
TIG	Transtorno de identidade de gênero
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFF	Universidade Federal Fluminense
UFG	Universidade Federal de Goiás
UFPR	Universidade Federal do Paraná
UFRN	Universidade Federal do Rio Grande do Norte
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UnB	Universidade de Brasília
UNE	União Nacional dos Estudantes
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

1 CONSTRUÇÃO DO MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO 255

1.1 **A Formação Histórica do Movimento LGBT Brasileiro** 299

1.1.1 Primeira Onda: Contracultura e construções identitárias na abertura lenta e gradual 31

1.1.2 Segunda Onda: A epidemia da AIDS e a Constituinte 36

1.1.3 Terceira Onda: Institucionalização e alianças com o Estado e perspectivas atuais 40

1.2 **Demandas Atuais do Movimento LGBT: A Construção de uma Gramática de Direitos** 48

1.2.1 Casamento igualitário 55

1.2.2 Criminalização da homofobia 58

1.2.3 Demandas de pessoas trans 61

2 **JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT NO DIREITO COMPARADO** 66

2.1 **Estados Unidos** 69

2.2 **Colômbia** 89

2.3 **Argentina** 91

3 **ACESSO AO STF** 107

3.1 **Acesso ao Controle Abstrato** 111

3.2 **Acesso ao Controle Concreto** 11211

3.3 **Influenciando Interpretações Constitucionais: *Amicus Curiae* e Audiência Pública** 11299

4 **POSSIBILIDADES E LIMITES DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: UMA ANÁLISE DOS CASOS ENVOLVENDO DIREITOS LGBT NO STF** 138

4.1 **União Homoafetiva (ADPF n° 132 e ADI nº 4277)** 150

4.1.1 Adoção Homoafetiva (RE nº 846.102) 172

4.1.2 Casamento Homoafetivo (Resolução nº 175/2013 do CNJ) 177

4.2 **Pederastia (ADPF nº 291)** 179

4.3 **Ações sobre Direitos de Pessoas Trans (RE nº 845.779, RE nº 670.422 e ADI nº 4275)** 184
4.4 **Doação de Sangue (ADI nº 5543)** 189
4.5 **Criminalização da Homofobia (MI nº 4733 e ADO nº 26)** 194
5 **CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT** 20202
5.1 **Efeitos da Judicialização junto ao STF para o Debate Público** 20302
5.2 ***Backlash* e Contramovimento: Disputando Significados Constitucionais** 21211
5.2.1 A Reação no Congresso Nacional e a Frente Parlamentar Evangélica 22019
5.2.2 Principais projetos reativos à judicialização dos Direitos LGBT 23029
CONCLUSÃO 24140
REFERÊNCIAS 25150

INTRODUÇÃO

A judicialização da política tem sido um tema de debate candente no Direito e na Ciência Política tanto no Brasil[1], quanto alhures[2], principalmente a partir da obra seminal "*The Global Expansion of Judicial Power*" de Tate e Vallinder, para quem a expressão retrata dois fenômenos distintos: (a) a ocupação pelo Judiciário de espaços decisórios tradicionais da política majoritária; e (b) a utilização de mecanismos "quase judiciais" ou "quase processuais" pelo Executivo e pelo Legislativo, que passam a atuar crescentemente com argumentos e formas tradicionais do Direito[3]. É naquele primeiro sentido que o termo parece ser comumente mais utilizado no debate nacional[4]. Assim, segundo Barroso:

> Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista público, 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[5]

A ideia de judicialização da política expressa, portanto, a ideia de que uma série de temas, outrora resolvidos pelos órgãos "políticos", i.e. legitimados pelo voto popular, passa a ser decidida, com pretensão de definitividade, por um órgão judicial não eleito. Este processo gera constrangimentos à teoria democrática tradicional e a uma visão ortodoxa de Separação de Poderes, na medida em que o Judiciário estaria resolvendo aquilo que não lhe competiria

---

[1] No debate nacional é possível citar exemplificativamente os trabalhos seminais, na ciência política, de VIANNA, Luiz Werneck *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014; e CARVALHO, Ernani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". In: *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, 2004; e no direito de VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". In: *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008; e BARROSO, Luís Roberto. "Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática". In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 18, 2009, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

[2] Assim, por exemplo, algumas das obras referência no tema TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn. (Eds). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995; e HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

[3] VALLINDER, Torbjörn. "When the courts go marching in". In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn; *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, p. 13; TATE, C. Neal. "Why the expansion of judicial power?" In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn; *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, p. 28.

[4] BRANDÃO, Rodrigo. "A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro". In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, 2013, p. 177.

[5] BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 241.

resolver, sem ter a legitimidade democrática formal[6] ou a capacidade institucional para tanto[7]. Neste sentido, os críticos do processo denunciam o risco de um "governo de juízes" ou de uma "juristocracia"[8].

Por outro lado, embora as dificuldades e problemas que os críticos levantem estejam longe da banalidade, fato é que o processo de judicialização da política é uma realidade no mundo[9] e no Brasil[10]. Entre nós, os tribunais, com destaque para o Supremo Tribunal Federal – STF, têm ocupado as principais manchetes de jornais e um papel central nos debates sociais como árbitro final das grandes questões da vida nacional[11].

Uma série de fatores jurídicos, institucionais, sociais e políticos são levantados como condições ou catalisadores para este complexo processo[12]. No caso brasileiro, a Constituição de 1988, que representou a superação do Regime Militar e o retorno à institucionalidade democrática[13], por exemplo, opera como facilitadora à expansão do Judiciário, em função de seu caráter analítico e compromissório. O texto foi resultante de um processo constituinte que

---

[6] Entretanto, no caso dos Ministros do STF é possível vislumbrar a existência uma legitimação democrática formal "remota e oblíqua" baseada na indicação por agente eleito e na posterior sabatina pelo Senado (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão". In: *Juris Poiesis*: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, n. 17, 2014, p. 348). Não obstante, a vitaliciedade, da qual decorre a inexistência de mecanismos formais posteriores de controle popular, ainda que indiretos – com exceção da possibilidade remota de impeachment –, reduz a *accountability* e, consequentemente, a importância dessa legitimação formal.

[7] Alguns autores, por outro lado, criticam a própria conveniência da ideia de "judicialização da política". Neste sentido, Oliveira defende que o termo se apoia numa visão mecanicista da Separação de Poderes, segundo a qual a judicialização da política decorreria necessariamente de uma disfuncionalidade do sistema, resultando ou do fato de que os tribunais estariam decidindo questões que não são de sua alçada ou da paralisia das instâncias majoritárias produtora de uma omissão inconstitucional. Para o autor, o STF seria ele mesmo um "órgão institucionalmente político", de forma que sua atuação seria necessariamente política, mesmo dentro de um campo de funcionamento "normal" (OLIVEIRA, Eduardo Santos de. "O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática". In: *Sociologias*, ano 15, n. 33, 2013, pp. 228-229). Na mesma linha, "falar em 'judicialização da política' ou 'ativismo judicial' é pressupor um modelo bem definido de papéis a serem desempenhados por cada ator" (CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. 2012. 134 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 107).

[8] HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy. Op. Cit.*, p. 222. Segundo o autor, a disseminação global de um modelo de direitos fundamentais positivados constitucionalmente e de controle judicial de constitucionalidade teria o condão de promover não a transformação social, mas sim a conservação do *status quo* e dos privilégios de elites ameaçados pela política majoritária (*Ibidem*, pp. 213-214).

[9] TATE, C. N. "Why the expansion of judicial power?". *Op. Cit.*, p. 27; HIRSCHL, R. *Towards Juristocracy*. *Op. Cit.*, p. 1;

[10] BRANDÃO, R. "A Judicialização da Política". *Op. Cit.*, p. 179.

[11] Assim, apenas para citar alguns casos recentes, podemos destacar a definição do rito do impeachment da Presidente Dilma Rousseff (ADPF nº 378 e, em menor nível, os MS nº 34127 e 24128); a suspensão do exercício do mandato de deputado federal do então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha (Ação Cautelar nº 4070); e a proibição do financiamento empresarial de campanha (ADI nº 4650).

[12] TATE, C. N. "Why the expansion of judicial power?". *Op. Cit.*, pp. 28 *et seq*.

[13] Embora a judicialização da política seja recorrentemente considerada como um risco para à democracia, a própria democracia parece ser ela mesma um pressuposto para o processo de judicialização da política (*Ibidem*, pp. 28-29).

contou com ampla participação da sociedade civil e foi marcado pela influência de vários movimentos sociais, grupos de pressão e interesses em seus trabalhos, que buscaram atender às mais díspares bandeiras políticas[14]. Mais do que isso, a nova Constituição previu um amplo catálogo de direitos fundamentais de todas as gerações, o mais generoso de nossa história constitucional, oponíveis à atuação da política majoritária e aos quais se deu tratamento reforçado e eficácia imediata[15], além de um grande número de normas abertas e principiológicas, a requerer um maior esforço criativo do intérprete para sua aplicação[16].

Visando superar a crônica inefetividade que marcou os textos anteriores ou, na feliz expressão de Barroso, a "insinceridade normativa"[17], a nova Constituição se preocupou igualmente em prever mecanismos institucionais voltados à tutela adequada desses direitos, principalmente por meio do fortalecimento institucional do Judiciário, com destaque para o seu órgão de cúpula. Assim, o Supremo Tribunal Federal – STF teve sua missão institucional alterada sensivelmente, com a criação de um novo tribunal superior com competência para resolver em última instância as questões infraconstitucionais, e uma destacada expansão do sistema de controle de constitucionalidade concentrado, a partir da ampliação do rol de legitimados a deflagrá-lo[18]. Em consequência, o STF assumiu as funções de uma Corte

---

[14] A preocupação em atender um variado leque de pautas, por outro lado, mais do que um texto extenso, que positivou demandas por vezes conflitantes entre si, representou em alguma medida a cristalização na Constituição de uma série de interesses – ou antes, privilégios – corporativos de determinadas categorias, como servidores públicos e tabeliões. Neste sentido, "essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo" (BARROSO, Luís Roberto. "A Constituição Brasileira de 1988: vinte e cinco anos de vida". In: *A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013, p. 223). Sundfeld dá destaque ao caráter corporativo da Constituição em relação ao funcionalismo público, ao estabelecer que um dos traços marcantes do texto foi "haver instituído um constitucionalismo chapa branca, *destinado a assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou para estatais*" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 348, grifos no original).

[15] BRANDÃO, R. "A Judicialização da Política". *Op. Cit.*, pp. 205-206.

[16] BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, p. 260.

[17] BARROSO, Luís Roberto. "A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.58.

[18] Isto apesar de uma atuação junto à Constituinte dos Ministros da época, refratários a essa ampliação do acesso ao STF e à criação do STJ e, consequentemente, ao papel que a Constituição em elaboração parecia reservar ao órgão. (ARGUELHES, Diego Werneck. "Poder não é querer: preferências restritivas e desenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 220-221 e 230). Neste sentido, Koerner e Freitas argumentam que "às vésperas da promulgação, eram grandes as incertezas sobre a finalização dos trabalhos, os impactos das novas normas e a fidelidade dos dirigentes às inovações da nova Constituição. Os ministros do STF estavam no centro dessa incerteza, agentes da ordem constituída que participaram dos esforços para frear a Constituinte e que agora interpretariam o texto constitucional. Eles voltam a atuar como *opinantes constitucionais*, ao assumir o ponto de vista de juízes que examinam as dificuldades da aplicação do texto. Antes da aprovação do texto final, expressam

Constitucional, ao mesmo tempo em que conservou amplas competências recursais e originárias, inclusive de persecução penal[19]. Sob este novo desenho constitucional o órgão deixou de ser o antigo "desconhecido"[20] para assumir um papel de crescente importância, quando não de verdadeiro protagonismo, na nossa realidade histórico-constitucional[21].

Embora muitos outros possam ser arrolados[22], dois fatores inter-relacionados ocupam uma posição de destaque para o objeto do presente estudo: a perda de confiança nas instâncias políticas, que enfrentam uma crise de representatividade, e a consequente busca do Judiciário

---

suas opiniões em declarações à imprensa, seminários e eventos promovidos pelo próprio STF" (KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. "O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo". In: *Lua Nova*, 88, 2013, p. 174). O tema da ampliação dos legitimados para a propositura de ações diretas foi objeto de intensa disputa na constituinte: "o segundo tema polêmico na subcomissão [do Judiciário e do Ministério Público] foi o dos legitimados ativos para propor ADI perante o STF. O governo e o STF entendiam que deveria ser mantida a exclusividade do PGR. Em audiência pública, o ministro da Justiça, Paulo Bossard, alertou para os perigos de sobrecarregar o STF com o fácil acesso a uma ação sem custo. A OAB e a AMB defenderam a legitimidade para qualquer cidadão, bastando referir-se que era titular do direito. Mesmo constituintes favoráveis ao continuísmo do STF apoiaram a ampliação parcial da legitimidade ativa" (*Ibidem*, p. 165).

[19] Com efeito, Arguelhes e Ribeiro destacam que a estrutura geral do STF, por exemplo, no tocante à composição e método de seleção dos Ministros, não foi sensivelmente alterada pela nova Carta. Segundo os autores não foram feitas "transformações" na instituição, mas sim "adições", por meio do acréscimo de atribuições e poderes àqueles já existentes e em grande medida conservados. (ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988". In: *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, 2016, pp. 409-410). Como discutido na nota anterior, este perfil resultou em parte do lobby dos próprios Ministros do STF junto à Assembleia Constituinte, para evitar mudanças mais profundas na estrutura e competências do Tribunal; neste sentido: "em aliança com os conservadores, ministros do STF e juízes foram bem-sucedidos em preservar o STF com muitos poderes concentrados e papéis institucionais acumulados, e em fortalecer o Poder Judiciário, acentuando seu insulamento institucional, sem controles ou participação externos" (KOERNER, A.; FREITAS, L. B. "O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo". *Op. Cit.* p. 178).

[20] A expressão faz referência à obra *O Supremo Tribunal Federal, esse Outro Desconhecido*, publicada em 1967, de Aliomar Baleeiro, Ministro do STF entre 1965 e 1975, e é utilizada para expressar a reduzida saliência política e desconhecimento da sociedade em relação ao tribunal no período anterior a 1988.

[21] VIEIRA, O. V. "Supremocracia". *Op. Cit.*, *passim*,

[22] Assim, por exemplo, a transformação da cultura jurídica e da mentalidade judicial dentro do que se convencionou denominar de "neoconstitucionalismo" que trouxe novas oportunidades para a atuação proativa de juízes e tribunais, por meio da valorização da normatividade dos princípios; rejeição do formalismo jurídico e consequente emergência de novas técnicas decisórias mais abertas; constitucionalização do direito; reaproximação entre Direito e moral, etc. (SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-114). Ademais, outros fatores de ordem política e do desenho institucional operam como incentivo para que o Judiciário e o STF passem a ter uma atuação mais destacada; Rodrigo Brandão aponta, por exemplo, o *federalismo* e a pulverização partidária decorrente, em parte, de um *sistema eleitoral proporcional com lista aberta*, como elementos geradores de forte fragmentação do poder, o que aumentaria a demanda de uma instância "neutra" para mediar os conflitos políticos (BRANDÃO, R. "A Judicialização da Política". *Op. Cit.*, pp. 201-204). Outros autores, ainda, destacam o fortalecimento do Ministério Público na nova Constituição, por meio da previsão de amplas garantias e de um papel institucional de representante da sociedade e fiscal dos agentes políticos, como um elemento importante nesse processo (CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. "O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política". *In: Revista Direito GV*, v. 6, n. 2, 2010, pp. 414-418). Finalmente, os próprios Ministros contribuíram para o crescimento de importância do Tribunal, através de práticas institucionais e interpretações constitucionais que aumentaram o seu poder e atribuições, como, por exemplo, a construção da possibilidade de controle preventivo de constitucionalidade de emendas constitucionais por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, pp. 423-426).

pelos movimentos sociais como lócus de realização de sua agenda política[23]. Com efeito, um dos elementos facilitadores elencados por Tate é justamente o uso das cortes por "grupos de pressão" ("*interest groups*"), que acreditam que as instâncias políticas majoritárias estão fechadas aos seus interesses. Neste sentido, por meio do recurso às cortes, os movimentos sociais, valendo-se de um discurso jurídico, podem acabar por transformar o próprio Direito, introduzindo suas bandeiras e demandas dentro da órbita de tutela da Constituição[24].

O recurso à gramática constitucional na construção das pautas e estratégias de reivindicações pelos agentes políticos é um processo marcante deste fenômeno. Para Mendonça, esta "constitucionalização da política" faz com que o discurso dos direitos fundamentais se torne constitutivo – e não limitativo – da própria política[25]. Mais do que em termos jurídicos, os agentes políticos passam a construir suas bandeiras e reivindicações em termos *judicializáveis*.

Neste sentido, a formulação de demandas nos termos de uma linguagem jurídico-constitucional é, além de uma estratégia de legitimação, uma consequência da transição do canal preferencial de reinvindicação das esferas políticas tradicionais para o Judiciário. Com efeito, se a judicialização da política exprime a ideia de que os juízes estão decidindo acerca das questões fundamentais que definem os rumos da sociedade, o princípio da inércia, segundo o qual os juízes atuam somente quando provocados, requer que estas questões estejam em primeiro lugar sendo deduzidas perante eles por outros agentes. A expansão da pauta decisória do Judiciário para contemplar algumas das questões mais divisivas e prementes da sociedade é, portanto, uma consequência do próprio uso das cortes como canal estratégico de reinvindicação política por parte dos grupos sociais envolvidos nestes debates. Neste sentido, como asseverou Cittadino, esse processo não importa uma "despolitização", na medida em que "a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político"[26].

Conquanto esse processo possa envolver as próprias instâncias majoritárias, por meio, por exemplo, de parlamentares e partidos políticos, que com crescente frequência passam a formular seus discursos em termos constitucionais[27] e a recorrer ao Judiciário como estratégia

---

[23] BRANDÃO, R. "A Judicialização da Política". *Op. Cit.*, p. 192.
[24] TATE, C. N. "Why the expansion of judicial power?" *Op. Cit.*, p. 30.
[25] MENDONÇA, Eduardo. "A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo". In: *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18, 2010, pp. 3-4.
[26] CITTADINO, Gisele. "Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia". In: *ALCEU*, v. 5, n. 9, 2004, p. 106.
[27] MENDONÇA, Eduardo. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 141-143.

política[28], a judicialização da política é um fenômeno que resulta largamente da atuação da sociedade civil e de agentes não necessariamente institucionais. Dentro desta lógica, o presente estudo tem por objeto a judicialização da política levada a cabo por um determinado movimento social – o movimento LGBT[29] – e envolve, portanto, a análise da construção de suas demandas em termos jurídico-constitucionais, bem como o uso do Judiciário como instância privilegiada para a promoção de sua agenda.

Inicialmente, deve ser aclarado que se adotou, para fins do presente estudo, uma concepção bastante ampla de *movimento social*. De acordo com Maria da Glória Gohn os movimentos sociais podem ser definidos como "ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que viabilizam formas distintas de a população se organizar e expressar suas demandas"[30]. De forma semelhante, Juliana Cesário Gomes entende-os como "tentativas coletivas de influir nos arranjos sociais", marcados por certo caráter de marginalização de suas demandas e algum grau de organização e atuação coletiva extrainstitucional, que visam a impulsionar visões de mundo compartilhadas[31]. Com base nesses referenciais teóricos, podemos compreender o movimento LGBT como uma ação coletiva, institucionalizada ou não, de construção, defesa e promoção de demandas de interesse dos sujeitos e identidades que o integram. Trata-se de um movimento complexo e heterogêneo, submetido a disputas e conflitos internos, conforme será abordado ao longo do trabalho.

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"[32]. A litigância estratégica é voltada para a promoção de uma determinada agenda temática ("*issue-oriented*") e se diferencia, portanto, da advocacia tradicional, que é voltada para as necessidades de um cliente específico ("*client-oriented*"), além de focar não apenas nos resultados diretos de

[28] Assim, por exemplo, o uso recorrente da jurisdição constitucional abstrata pelos partidos de oposição para tentar reverter derrotas na arena legislativa (BRANDÃO, R. "A Judicialização da Política". *Op. Cit.*, p. 206).
[29] Lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, i.e., sujeitos minoritários em função de sua orientação sexual não heterossexual ou identidade de gênero não cisgênera.
[30] GOHN, Maria da Glória. "Movimentos sociais na contemporaneidade". In: *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, 2011, p. 335.
[31] GOMES, Juliana Cesário Alvim. Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2014. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 50-51.
[32] CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 24.

uma dada decisão judicial, mas também nos impactos políticos e culturais indiretos que esta pode produzir[33].

O tema da litigância estratégica foi objeto de consideração de uma série de teóricos, como, por exemplo, Stuart Scheingold[34], Gerald Rosenberg[35] e Charles Epp[36]. Embora estes teóricos tenham níveis distintos de otimismo/ceticismo em relação à possibilidade de o Judiciário ser usado para promover a mudança social[37], eles são unânimes em pontuar que a atuação transformativa e "contramajoritária" que "empurra a história" não é inexorável e incondicional, estando submetida, no mínimo, a certas contingências. Assim, uma visão romantizada da atuação judicial é objeto de rejeição[38].

As análises destes autores procuram retirar os excessos messiânicos e pretensões quixotescas que marcam alguns discursos em torno da atuação judicial, para recolocar o Judiciário em um contexto social, histórico e político complexo. Assim, segundo Rosenberg, as cortes estariam submetidas a três constrições estruturais que tornariam bastante improvável o seu uso para a transformação social: a natureza limitada do Direito, que envolve, por exemplo, a necessidade de "tradução" das demandas para o "juridiquês" e limitações decorrentes de regras processuais e procedimentais; limitações à independência judicial, diante da possibilidade de outros poderes responderem e reagirem às decisões judiciais; e as dificuldades dos tribunais em fazer cumprir suas decisões, que dependem da atuação – e nesta medida da aquiescência – de outros poderes e da sociedade de maneira geral[39]. Embora menos pessimista, Scheingold também dá destaque a estes limites e contingências positivas em que o Direito opera, para defender que uma declaração judicial ou decisão seria não o final do processo político, mas sim o seu início[40], em razão da lógica incremental da atuação judicial[41] e das resistências à implementação das decisões[42].

---

[33] *Loc. Cit.*
[34] SCHEINGOLD, Stuart A. *The Politics of Rights*: lawyers, public policy and political change. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004.
[35] ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*: can courts bring about social change?. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008.
[36] EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
[37] Neste sentido, no ponto mais próximo do polo do ceticismo certamente está Rosenberg, para quem não apenas as cortes teriam pouca capacidade para tanto, quanto sua atuação poderia desencadear consequências politicas contraproducentes.
[38] Esta visão romantizada é chamada por Scheingold de "mito dos direitos" (SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 14) e por Rosenberg como a ideia de uma "corte dinâmica (ROSENBERG, G. *The Hollow Hope. Op. Cit*. pp. 3-4).
[39] *Ibidem*, pp. 10-21.
[40] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.*, p. 85
[41] *Ibidem* pp. 107 *et seq*.
[42] *Ibidem.* pp. 117 *et seq.*

Charles Epp, dentro desta mesma noção, dá destaque ao fato de que juízes e tribunais não são capazes de promover "revoluções de direitos" no vácuo, sem que haja um determinado nível de mobilização e organização social em torno destas demandas. O autor trabalha com a ideia de uma "estrutura de apoio" composta por atores e movimentos sociais envolvidos nas estratégias de litígio, que dão às cortes a oportunidade – e pressão – necessárias para que possam produzir decisões transformativas[43]. Dentro desta ótica, a mobilização social exerce um papel importante não apenas para a produção de uma decisão que atenda as demandas de um dado movimento social, mas para garantir e fiscalizar o seu posterior cumprimento e implementação[44].

Por outro lado, sob as circunstâncias adequadas, a judicialização pode exercer um papel relevante de transformação social[45]. Assim, para Scheingold, a judicialização poderia exercer um papel importante, ainda que auxiliar, para a transformação social[46]; o autor destaca, por exemplo, o papel *indireto* de alterar a balança de poder ao galvanizar a luta política, aumentando conscientização dos sujeitos em relação aos seus direitos e organizando e mobilizando o movimento de reinvindicação[47]. O sucesso do uso das cortes, por outro lado, depende da sua coordenação com outras estratégias políticas[48]. A conclusão geral é a de que a contribuição das estratégias jurídicas, somada à mobilização política, não deve nem ser superestimada, nem subestimada[49].

É dentro desta lógica, que foge de respostas categóricas acerca das potencialidades da judicialização e do litígio como forma de promoção de demandas sociais, que se buscará analisar o caso específico da judicialização das demandas do movimento LGBT no contexto nacional. Em primeiro lugar, embora a referência eventual a decisões e julgamentos de outros tribunais seja possível, deve ser desde logo advertido que o estudo será centrado na análise específica da atuação do STF. Esta escolha tem por razão, em primeiro lugar, considerações pragmáticas sobre a realização do presente estudo, tendo em visto os seus limites e a crescente produção acadêmica sobre o Tribunal, que envolve não apenas trabalhos doutrinários e análises

---

[43] EPP, C. R. *The Rights Revolution*. *Op. Cit.*, pp. 2-3.
[44] *Ibidem*, p. 8.
[45] Mesmo Rosenberg reconhece essa possibilidade, embora elenque um rigoroso rol de pressupostos para a sua ocorrência: Assim, Rosenberg elenca fatores que poderiam atenuar as constrições listadas acima: amplo precedente legal para a mudança; apoio para a mudança por parte do Executivo ou parte considerável do Congresso; e apoio de parte considerável da sociedade, além de incentivos positivos para o cumprimento da decisão (ROSENBERG, G. *The Hollow Hope. Op. Cit*., pp. 30-36)
[46] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 96
[47] *Ibidem*. p. 131 *et seq.* No mesmo sentido, EPP, C. R. *The Rights Revolution*. *Op. Cit.*, p. 9.
[48] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 209.
[49] *Ibidem*, p. 213.

qualitativas, mas também cada vez mais pesquisas quantitativas[50]. Em segundo lugar – e mais importante – esta escolha visa a retratar o inegável protagonismo que o STF vem exercendo dentro do Judiciário e perante a sociedade de forma geral, a ponto de já ter se falado em uma verdadeira "supremocracia"[51], conforme já foi destacado.

Assim, o primeiro capítulo da presente dissertação terá por foco a análise da construção histórica do movimento LGBT brasileiro e de suas demandas. Dentro da análise histórica, serão abordadas as distintas fases de sua formação, desde o seu surgimento no contexto de abertura da Ditadura Militar, em que a contracultura e a desconfiança em relação à institucionalidade e ao Direito como espaços potenciais de transformação política e social eram marcantes, passando pela crise da AIDS e a Constituinte, até chegar ao processo de crescente profissionalização e "juridicização" do movimento. O foco será observar como o Direito passa a ser visto não mais como um inimigo, mas como uma ferramenta que pode ser avocada e manejada pelo movimento em prol das pessoas LGBT. Assim, na segunda parte do capítulo, que envolve o exame das principais demandas do movimento, será analisado como estas se constroem atualmente com base numa gramática de direitos fundamentais e numa linguagem jurídica e "judicializável", bem como algumas limitações que podem advir desta formulação. No seguimento, serão abordadas rapidamente as demandas em espécie, com as estratégias formais de reivindicação em curso – projetos de lei e ações judiciais.

O segundo capítulo pretende o exame do processo de judicialização dos direitos LGBT no contexto comparado, com foco nas demandas atinentes ao *status* jurídico das famílias formadas por casais do mesmo sexo e demandas de pessoas trans. Neste sentido, pretende-se analisar alguns elementos dos processos políticos de reivindicação judicial e construção dos movimentos sociais LGBT locais e as estratégias de que lançaram mão para a consecução de sua agenda, além de algumas feições institucionais das Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais nacionais que podem ajudar a explicar os resultados destes processos em cada país. Tendo em vista as limitações do presente trabalho, a escolha dos casos para serem estudados recaiu sobre três países: Estados Unidos, Colômbia e Argentina. Os Estados Unidos foram selecionados não apenas pela jurisprudência recente de sua Suprema Corte sobre o tema dos direitos dos casais homossexuais, mas também por ser o caso paradigmático de litígio estratégico por parte da sociedade civil para a promoção de sua agenda, aí incluído o movimento

[50] Neste sentido, destaca-se o projeto "Supremo em Números" desenvolvido pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, que produziu até o momento quatro relatórios temáticas disponíveis no site do projeto http://www.fgv.br/supremoemnumeros/

[51] VIEIRA, O. V. "Supremocracia". *Op. Cit.*

LGBT. No caso da Colômbia e da Argentina, o contexto latino-americano gera algumas semelhanças na formação histórico-cultural que tornam o seu cotejo mais proveitoso com o Brasil. Por outro lado, o uso das cortes pelos movimentos LGBT locais para a defesa de direitos obedeceu a lógicas muito distintas, tendo a Corte Constitucional colombiana garantido diretamente estes direitos, muito em função de sua arquitetura institucional, ao passo que a Corte Suprema da Nação argentina e o Judiciário argentino foram utilizados de forma geral com foco nos efeitos sociais indiretos produzidos pela judicialização.

O terceiro capítulo abordará os mecanismos pelos quais as demandas levantadas pelo movimento LGBT podem ser formalmente deduzidas perante o STF. Buscar-se-á colocar em xeque uma visão de uma corte extremamente porosa e aberta às reivindicações sociais, por vezes levantada pelos Ministros e alguns setores da doutrina, para analisar alguns fatores que podem limitar o acesso dos movimentos sociais ao tribunal. Neste sentido, serão exploradas as possibilidades de acesso ao Tribunal por meio da jurisdição constitucional abstrata, com foco na crítica à interpretação tradicional do art. 103, IX da Constituição; e por meio da jurisdição constitucional concreta. No seguimento, serão abordados outros mecanismos pelos quais o movimento LGBT pode formular suas demandas e visões constitucionais perante o órgão, por meio de *amici curiae* e audiências públicas.

O quarto capítulo pretende realizar uma análise positiva das influências e do contexto que envolve a atuação do STF sobre o tema dos direitos LGBT, abarcando as decisões já proferidas e os processos ainda em tramitação, de maneira prognóstica. A ideia é verificar os fatores não expressamente inscritos nos acórdãos, muitas vezes de índole extrajurídica, que exercem impacto sobre a deliberação e o julgamento do tribunal. Assim, será realizada uma tentativa de verificar que outros fatores, além do Direito, influenciam o exame pelo STF das demandas levantadas pelo movimento LGBT, e quais são os seus impactos para o resultado final do julgamento. Neste sentido, será explorado como alguns destes fatores se fizeram presentes e impactaram os desfechos dos julgamentos atinentes às uniões homoafetivas e à pederastia, e como outros fatores e contextos podem produzir resultados distintos nos casos em tramitação.

Finalmente, o quinto e último capítulo pretende analisar algumas consequências indiretas ou "extra-jurídicas" que a judicialização pode produzir. Assim, inicialmente será verificado se e em que medida a judicialização e atuação do STF podem influenciar o debate público e a aprovação popular de uma determinada questão. No seguimento, será examinada a reação e resistência que uma decisão judicial pode produzir (*backlash*), bem como quais são os

setores e discursos que atualmente vêm se organizando contrariamente à atuação do STF na tutela das demandas LGBT. O mais importante destes é a Frente Parlamentar Evangélica - FPE, coloquialmente referida como “bancada evangélica”, responsável em grande medida pelo Legislativo ser entendido como um canal fechado às demandas da diversidade sexual e de gênero. Assim, a sua atuação será objeto de análise no seguimento, bem como os seus principais projetos que buscam reverter ou impossibilitar a atuação do STF na promoção de pautas ligados ao progressismo moral.

1. CONSTRUÇÃO DO MOVIMENTO LGBT BRASILEIRO

O objetivo deste capítulo é analisar a constituição do movimento LGBT enquanto um movimento social produtor de demandas pelo reconhecimento da legitimidade de identidades e vivências sexuais e de gênero marginais e estigmatizadas[52]. Conforme definido na introdução, o movimento LGBT é compreendido para fins do presente estudo de forma ampla, como uma ação coletiva, institucionalizada ou não, de construção, defesa e promoção de demandas de interesse dos sujeitos e identidades que o integram. Por outro lado, deve ser entendido também como um "movimento guarda-chuva", na medida em que congrega diversas identidades e vivências, cada qual com suas pautas e necessidades específicas[53]. Assim, o movimento LGBT é responsável pela formulação de uma ampla gama de pleitos, que podem atender todos os seus componentes ou interessarem apenas a uma das identidades ("letras").

Em razão desta característica, a própria forma pela qual as demandas são construídas pelo movimento é objeto de disputas internas, gerando equilíbrios instáveis e momentâneos[54], muitas vezes estratégicos, a partir da análise de qual pleito – e por que meio e com qual configuração – tem mais chances de êxito em cada circunstância, num universo de recursos de ativismo limitados[55]. Estas disputas muitas vezes revelam assimetrias internas entre as diferentes identidades e vivências que compõe a comunidade LGBT, na medida em que as

---

[52] Importante destacar que o uso da sigla "LGBT" no presente trabalho representa uma escolha, diante de uma miríade de outras siglas que seriam possíveis. Assim, por exemplo, a atualmente superada no discurso da militância – principalmente por não incluir a questão da identidade gênero –, mas ainda utilizado em alguma medida pelo mercado de consumo, sigla "GLS" (vide nota de rodapé nº 161). Duas possibilidades mais próximas à escolhida são a sigla "GLBT", utilizada, por exemplo, na Conferência Nacional de 2008, que restou amplamente substituída pela sigla "LGBT" para dar maior ênfase à questão lésbica; e a sigla "LGBTTT", que visa a destacar a diversidade de identidades e experiências representadas pela letra "T". Outras siglas, ainda, pretendem o acréscimo da letra "I", para incluir as pessoas intersexuais, ou da letra "Q", para representar as pessoas identificadas como queer (vide nota de rodapé nº 188). A escolha final pelo uso da sigla LGBT não importa em qualquer valoração política dos grupos e demandas representados por estas letras, mas sim na percepção de que esta sigla tem sido a mais comumente utilizada no debate acadêmico e político contemporâneo, no Brasil e no mundo, para tratar do tema da diversidade sexual e de gênero.

[53] VAGGIONE, Juan Marco. "Families Beyond Heteronormativity". In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena. *Gender and Sexuality in Latin America*: Cases and Decisions. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice nº 24. pp. 236-237. O movimento LGBT é formado por um arranjo instável de identidades e experiências que muitas vezes só têm em comum entre si o fato de serem objeto da mesma marginalização social. Trata-se, com efeito, de uma comunidade formada a partir não de semelhanças e demandas em comum de seus integrantes, mas sim em razão de estes serem conjuntamente enxergados como "o outro" ou "o diferente" pela cultura heternormativa dominante, que os homogeneíza neste processo. Tal situação não é exclusividade do movimento LGBT; Hall, por exemplo, cita como uma situação semelhante o movimento *black* surgido no Reino Unido a partir dos anos 1970, formado por integrantes de diversas culturas e origens nacionais e étnicas, reunidos em torno da posição de serem "não-brancos", apesar da sua heterogeneidade interna (HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós Modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, p. 86).

[54] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 109.

[55] SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na Trilha do Arco-Íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009, pp. 146-147 e 158-159.

bandeiras das "letras" menos estigmatizadas muitas vezes são priorizadas em detrimento daquelas que interessam aos demais grupos[56].

Soma-se a essa miríade de reivindicações uma ampla variedade de estratégias para a consecução dessas pautas. Assim, o movimento pode operar de maneira mais informal, buscando a mudança de mentalidades, por meio de manifestações culturais e artísticas, por exemplo, ou com atuações mais formais, direcionadas a sujeitos específicos como o Judiciário, o Legislativo, a mídia, etc. Tendo em vista o objeto do presente estudo, por outro lado, a análise se centrará no recurso aos tribunais e na judicialização, que vem assumindo um caráter cada vez mais privilegiado como estratégia de reivindicação.

No cenário global, a emergência de um movimento LGBT organizado surge na segunda metade do século XX; o nascimento do movimento LGBT estadunidense e, em alguma medida, mundial está associado à Revolta de *Stonewall*, episódio em que frequentadores do bar gay *Stonewall* em Nova York resistiram e enfrentaram agressivamente as forças policiais que faziam uma batida no estabelecimento, na madrugada do dia 28 de Junho de 1969. A partir deste episódio inicial, o movimento de liberação gay ("*gay liberation*") se organizou naquele país, passando a exigir transformações profundas no tratamento da homossexualidade pelo Estado e pelo Direito[57].

Castells relaciona o surgimento do movimento LGBT neste momento a três fatores: um espírito de intensa agitação social e rebelião que marcou a década de 1960, com o Maio de 1968, o movimento dos direitos civis, a oposição pacifista à Guerra do Vietnã, entre outros[58]; a repressão violenta aos homossexuais que acabou provocando radicalização; e o impacto do feminismo sobre o patriarcalismo[59].

Com efeito, as demandas do movimento LGBT apresentam um potencial disruptivo que o aproxima do movimento feminista, na medida em que ambos pretendem a "politização do

[56] Esta ideia é bem expressa na crítica formulada por ativistas lésbicas e trans de que o movimento seria na verdade "GGGG" em razão da invisibilização dos discursos e bandeiras que não sejam construídos por e para homens homossexuais.

[57] Algumas organizações de direitos homossexuais (ou homofílicos, termo então utilizado), eram anteriores à Revolta de *Stonewall* nos EUA, como a *Mattachine Society* e a *Daughters of Bilitis*. A atuação destas, entretanto, é muito diferente do movimento de liberação gay, na medida em que não contestavam a inferioridade da homossexualidade, buscando apenas que os sujeitos homossexuais fossem tolerados socialmente.

[58] Neste sentido, Fernandez, destaca que o segundo pós-guerra, ao contrário do primeiro, seguido dos "Loucos Anos 20", deu início a uma era de conservadorismo e repressão, com MacCarthismo nos EUA, a França de De Gaulle, o regime de Franco na Espanha, etc., que acabaria desaguando na rebelião da década de 60 dos *baby boomers* contra o mundo "careta" de seus pais (FERNANDEZ, Dominique. *L'Amour qui Ose Dire son Nom*. Paris: Stock, 2005, p. 233).

[59] CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 240.

cotidiano" e a "publicização do privado"[60]. Assim, segundo Castells, o movimento LGBT coloca em risco o patriarcalismo ao afrontar a sua "premissa da heterossexualidade compulsória", sob a qual se estabelece uma rígida e hierárquica divisão de papéis sexuais e de gênero[61]. O autor entende que:

> Os movimentos lesbiano e gay não são simples movimentos em defesa do direito humano básico de escolher a quem e como amar. São também expressões poderosas de identidade sexual e, portanto, de liberação sexual. Esses movimentos desafiam algumas das estruturas milenares sobre as quais as sociedades foram historicamente construídas: repressão sexual e heterossexualidade compulsória[62].

Neste sentido, o movimento LGBT, assim como o movimento feminista, coloca em xeque a dominação masculina que impõe papéis sociais distintos, rígidos e desiguais a homens e mulheres, questionando sua naturalidade e inevitabilidade.

Dentro da teoria social, o movimento LGBT é identificado como um dos *novos movimentos sociais* surgidos na segunda metade do século XX, cujas demandas não se centram na redistribuição de bens materiais, como o era o caso do movimento proletário, mas na luta por transformações culturais e simbólicas, buscando o reconhecimento de determinadas identidades ou estilos de vida[63]. Eskridge inclui o movimento LGBT dentre os movimentos sociais que classifica como "baseados em identidade" ("*Identity-Based Social Movements*"*)*, cuja meta principal seria o reconhecimento de que os sujeitos que representam são cidadãos e pessoas com igual valor ao sujeito hegemônico (homem, branco, heterossexual)[64]. Em função disso, o Movimento LGBT é tradicionalmente compreendido como um movimento de demanda de reconhecimento, ao centralizar sua luta em torno de políticas identitárias[65].

---

[60] GARCIA, Jonathan; PARKER, Richard. "From global discourse to local action: the makings of a sexual rights movement". In: *Horizontes Antropológicos*, ano 12, n. 26, 2006, pp. 14 e 23; MARQUES, Vera Lúcia; D'ÁVILA, Paulo. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 3, 2010, p.84. Assim, "as teóricas feministas há muito argumentam que 'o pessoal é político', querendo com isso dizer que o aparentemente 'natural' domínio privado da intimidade (a família e a sexualidade) é legalmente construído, culturalmente definido, e constitui lócus de relações de poder. Na maioria delas, a ênfase foi posta na desconstrução crítica da retórica da privacidade como parte de um discurso de dominação legitimador da opressão das mulheres" (COHEN, Jean L. "Repensando a privacidade: autonomia, identidade e controvérsia sobre o aborto". In: *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 7, 2012, p. 169).

[61] CASTELLS, M.. *O poder da identidade*. *Op. Cit.* p. 238.

[62] *Ibidem*, p. 256

[63] FRASER, Nancy. "Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural". In: BALDI, César Augusto. (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, *passim*; GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* pp. 48-49.

[64] ESKRIDGE, William N. "Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law". In: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 150, 2001, p. 425.

[65] LOPES, José Reinaldo de Lima. "Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura à Democracia". In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). In: *Ditadura e Homossexualidades*:

Nancy Fraser entende que o objetivo destas *políticas de reconhecimento* seria a construção de um mundo tolerante e respeitoso com a diferença, no qual a assimilação a padrões culturais hegemônicos não fosse um preço necessário a ser pago pelas minorias para o gozo de seus direitos[66]. Para a autora, a desigualdade/injustiça sob a ótica do reconhecimento é encarada por um viés primordialmente cultural, como uma questão de *status*[67]. Assim, deve-se analisar os padrões institucionalizados de valor cultural pelos seus efeitos sobre a posição relativa dos atores sociais; isto é, quando estes padrões encararem os atores como iguais, conferindo-os o mesmo valor, poderia se falar em igualdade e reconhecimento recíproco, ao passo que padrões hierarquizantes, que encaram os atores como inferiores ou superiores, produziriam exclusão e desigualdade, por meio de uma subordinação de *status* e não-reconhecimento[68].

Neste sentido, em reação às identidades estigmatizadas formuladas pelos discursos religioso[69], médico[70] ou jurídico[71], o movimento LGBT busca ressignificá-las e construir suas próprias representações e sentidos; assim, o que antes era necessariamente um estigma passa a poder ser visto sob outro enfoque, como um dado neutro ou mesmo de forma positiva ("*gay is good*"), isto é, como uma razão de orgulho[72]. Com efeito, a construção de uma representação positiva da identidade é em alguma medida uma condição para a própria existência de um

---

repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, p. 274; FRASER, Nancy. "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?*: a political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2004, pp 17-19. A autora, por outro lado, defende que todos os eixos de subordinação envolvem, simultaneamente, problemas de reconhecimento e de redistribuição, em menor ou maior nível (*Ibidem*, p. 25).

[66] FRASER, Nancy. "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada de justiça". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

[67] *Ibidem*, p. 179.

[68] FRASER, N. "Social Justice in the Age of Identity Politics". *Op. Cit.*,, pp. 29-30.

[69] A prática sexual entre homens – *sodomia* – foi historicamente classificada pela Igreja Católica como pecado *nefando*, i.e. aquele que sequer pode ser nomeado.

[70] A figura do *homossexual*, com efeito, é em grande medida uma criação da *scientia sexualis* oitocentista; substituindo uma visão religiosa mais centrada em práticas sexuais ("pecados"), o discurso médico na virada do século XIX para o século XX, marcado por uma visão positivista, biologizante, higienista e racista de mundo, dá ensejo à criação do homossexual, sujeito doente e degenerado, incapaz de uma sexualidade saudável e produtivo-procriativa.

[71] Eskridge dá especial ênfase ao Direito como não apenas reflexo do estigma, mas como construtor da própria identidade do sujeito estigmatizado (ESKRIDGE, W. N. "Channeling". *Op. Cit.*, pp. 433-436). Assim, por exemplo, as leis segregacionistas do Sul dos EUA e a criminalização da sodomia eram responsáveis em grande medida pela própria elaboração da categoria que visavam controlar, tornando negros e homossexuais conscientes, de forma dolorosa, de sua própria realidade e de seus pares. Entre nós, entretanto, em ambos os casos, a construção da identidade estigmatizada pelo discurso jurídico se deu de forma mais sutil, na medida em que não vivenciamos um sistema oficial de racismo *à la* Jim Crow e a conduta sexual entre pessoas do mesmo sexo não era criminalizada *per se* desde o início do século XIX.

[72] Assim, Fraser entende que esta estratégia implica em uma "política de identidade"; ao contestar a imagem negativa da cultura dominante, estes grupos formulam novas identidades coletivas e buscam o reconhecimento público de sua legitimidade, como forma de produção de uma relação não-distorcida de auto reconhecimento. (FRASER, N. "Repensando a questão do reconhecimento". *Op. cit. passim*).

movimento verdadeiramente contestatório[73]. Essas identidades, ademais, são sempre circunstanciais, construídas relacionalmente, e sujeitas a reinterpretações e clivagens ao longo do tempo. A negativa de reconhecimento dessas identidades, por vezes de forma violenta, contém em si mesma a chave para o potencial desencadeamento de uma reação, que pode assumir a forma de um movimento político com algum nível de organização[74].

1.1. A formação histórica do movimento LGBT brasileiro

A análise da formação histórica do movimento LGBT brasileiro será estruturada utilizando-se a divisão histórica em três "ondas" sucessivas proposta por Regina Facchini[75]: 1ª onda, surgimento do movimento no final da ditadura militar num cenário marcado pela informalidade, desconfiança em relação ao Estado e pela contracultura; 2ª onda, caracterizada pelo arrefecimento do movimento incipiente em função da epidemia de AIDS e a luta pelo reconhecimento da diversidade sexual na Constituinte; e 3ª onda, em que o movimento se institucionaliza e profissionaliza, construindo alianças com o Estado e formulando um discurso reivindicatório marcado pelo pragmatismo e pela linguagem dos direitos.

No Brasil, a descriminalização formal das práticas homossexuais privadas e consentidas entre adultos ocorreu relativamente cedo, em 1830, com a edição do 1º Código Penal do Império, que substituiu os diplomas penais pré-independência. Não obstante, vários dispositivos desta e outras legislações penais posteriores foram interpretados pelas forças policiais e judiciais ao longo dos séculos XIX e XX de forma a permitir a punição dos indivíduos "desviados" que colocavam em perigo a "ordem pública" ou "a moral e os bons costumes"[76]. Assim, por exemplo, o Código Penal de 1890 previa uma série de crimes que podiam ser largamente utilizados pelas forças policiais para enquadrar as minorias e pervertidos sexuais[77]. Em que pese a proposta de alguns acadêmicos ligados à medicina e à antropologia

---

[73] ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, p. 467.
[74] HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 224.
[75] FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?*: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. São Paulo: Garamond Universitária, 2005; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*.
[76] VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. "História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo". In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação Científica*: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, pp.356-357.
[77] GREEN, James Naylor. *Além do carnaval*: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, pp. 57-58. Gomes cita, neste sentido, os artigos 266, que tratava da violência carnal "com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral", 282, relativo ao ultraje público ao pudor, e 379, que condenava uso de nome suposto, títulos indevidos e outros disfarces, incluindo "disfarçar o sexo, tomando trajes impróprios

social, a criminalização da homossexualidade não foi reintroduzida no Código Penal de 1940[78]. Com a revogação das disposições de 1890, a Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) passou a servir de fundamento para a persecução de homossexuais e travestis, frequentemente enquadrados na conduta de vadiagem[79].

Ademais, a visão científica oficial ao longo do século XX compreendia a homossexualidade como uma doença e uma ameaça para a saúde pública, e o homossexual era encarado como um ser "moralmente deficiente" e com tendências criminosas, seguindo as teorias do criminologista italiano Cesare Lombroso, então em voga. Assim, o discurso da academia médico-psiquiátrica era pela cobrança do Estado de medidas enérgicas para conter os "degenerados sexuais", por meio da institucionalização compulsória[80], e a busca de "tratamentos" que revertessem as tendências sexuais dos pacientes[81].

Estes fatores ajudam a explicar o porquê do surgimento de um movimento LGBT organizado não ter ocorrido no Brasil até a segunda metade da década de 1970, uma vez que, mesmo quando um estigma é penoso socialmente, o envolvimento dos sujeitos estigmatizados com a atividade de militância dificilmente ocorrerá caso os custos dessa participação sejam ainda mais altos[82] [83].

---

do seu, e trazê-los publicamente para enganar" (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 93).

[78]GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. *Frescos Trópicos:* fontes sobre homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980). Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, pp. 96-97.

[79] GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* p. 404; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*. p. 65.

[80] Um exemplo paradigmático do poder do dispositivo psiquiátrico é o caso de Febrônio Índio do Brasil, mantido internado em manicômio judiciário por 57 anos, acusado de sadismo e pedofilia motivados por seu "homossexualismo" e crença religiosa escatológica, conforme atestado mediante sucessivos laudos elaborados ao longo dos anos sempre pelo mesmo profissional, (GREEN, J. N.; POLITO, R. *Frescos Trópicos*. *Op. Cit.* pp. 119-122; TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso:* a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, pp. 195 *et seq*)

[81] Algumas das sugestões envolviam obrigar homens homossexuais a pernoitarem com mulheres nuas; transplante de testículos e ovários, para a correção na produção de hormônios masculinos e femininos; e mesmo a criação de "instituto para pederastas", onde poderiam ser mantidos longe da população "normal e sadia" e serem estudados adequadamente (GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* pp. 213 *et seq*; FIGARI, Carlos. *@s Outr@s Cariocas*: interpelações, experiências e identidades homoeróticas no Rio de Janeiro: Séculos XVII ao XX. Belo Horizonte: UFMG, 2007, *Passim;* TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 177 *et seq*).

[82] ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, p. 438.

[83] Outros fatores que ajudam a explicar essa formação relativamente tardia de um movimento LGBT no Brasil são o fato de que muitos homossexuais tinham uma visão negativa e culposa de si mesmos, ao interiorizar a visão patologizante oficial; e o fato de que os homossexuais normalmente não nascem e crescem em comunidades de semelhantes, como ocorre com minorias étnicas e religiosas; etc. Merece destaque, ainda, a ausência de espaços de convivência homossexual para além de encontros sexuais fortuitos, o que começa a mudar lentamente nas décadas de 50 e 60, com a intensificação da urbanização e o surgimento estabelecimentos comerciais que atendiam não oficialmente essa clientela, formação de fãs clubes das cantoras da era do rádio e algumas publicações artesanais pela comunidade, como o *Snob*, que não se propunham, entretanto, uma atividade política. (GREEN, J. N.. *Além do carnaval*. *Op. Cit. passim*; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 63-74).

1.1.1. Primeira Onda: Contracultura e construções identitárias na abertura lenta e gradual

O surgimento do movimento homossexual brasileiro[84] se dá a partir do final da década de 1970, num cenário marcado pelo abrandamento paulatino da Ditadura Militar através da "abertura lenta e gradual"; pela contracultura; a intensa atividade dos grupos de resistência de esquerda; o surgimento dos chamados "novos movimentos sociais"; e o retorno ao Brasil dos exilados políticos, que traziam em suas bagagens as vivências e influências que tiveram nos EUA, Europa e outros lugares.

Apesar da distensão, o discurso oficial da Ditadura Militar permanecia altamente refratário a qualquer discussão acerca da sexualidade. Neste sentido, "a defesa do Estado e a defesa da tradição e da família logo se fundiram num único discurso autoritário"[85]. Movida pela defesa da família cristã, a censura era firme contra todas as ideias e manifestações culturais anti-tradicionais, tachadas de "subversivas" e não raro encaradas como "propaganda comunista"[86].

Em oposição a tal ordem de valores, os ideais de contracultura colocavam em xeque o "caretismo" do Brasil durante o período e lançavam desafios à moral sexual e noções de gênero tradicionais. Neste sentido, artistas do tropicalismo como Gil e Caetano evocavam uma sensualidade despudorada e uma aura de androginia, enquanto o cantor Ney Matogrosso e o grupo de teatro Dzi Croquettes[87] iam ainda mais longe no questionamento das representações ortodoxas de feminino e masculino. Era o período do "desbunde"[88].

---

[84] Utiliza-se aqui "movimento homossexual" e não "movimento LGBT" uma vez que neste momento incipiente a organização política congregava apenas homossexuais, principalmente masculinos. A articulação e a formulação de demandas de outras "letras" da sigla ocorrem em momento posterior, inclusiva na medida em que a própria construção destas categorias identitárias ainda estava em curso ou ocorreria em momento posterior (FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?*. *Op. Cit. passim)*.

[85] LOPES, J. R. L. "Da dissidência à diferença". *Op. Cit.*, p. 276.

[86] COWAN, Benjamin. "Homossexualidade, ideologia e 'subversão' no regime militar". In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). *Ditadura e Homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 31-41. Segundo Facchini, o discurso político do movimento homossexual nessa 1ª fase se compôs justamente em diametral oposição a visão oficial do Regime, daí sua marca altamente contestatória e antiautoritária, revelando o quanto o Regime Militar estimulou a formação de resistência em diversos segmentos sociais (FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?*. *Op. Cit*., p. 93).

[87] Os Dzi Croquettes foram uma trupe de artistas chefiados pelo dançarino da Broadway radicado no Brasil Lennie Dale, cujos espetáculos combinavam números de música e dança com teatro e humor *camp*. Nas apresentações, os membros do grupo misturavam maquiagem e gestos femininos com os corpos masculinos e viris, saltos altos, vestidos e saias, com corpos peludos, transfigurando uma estética anárquica com representações de gênero fluídas e andróginas que desafiavam as pré-compreensões do período (GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* pp. 410-412; TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* pp. 287-288).

[88] GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* pp. 408-413.

Duas referências são tradicionalmente trazidas pela literatura como representativas desta 1ª fase: o jornal *Lampião da Esquina*, fundado em 1978, e a formação do grupo *Somos* em 1979, em São Paulo, pioneiros na articulação da homossexualidade como questão social e política[89].

Diante da censura oficial, no período final da Ditadura Militar multiplicaram-se publicações mais ou menos artesanais da chamada "imprensa alternativa". Neste cenário, e influenciados pelo desenvolvimento do movimento de liberação homossexual internacional, especialmente americano[90], uma rede de escritores e jornalistas do eixo Rio-São Paulo de certa proeminência na vida cultural nacional funda o primeiro jornal brasileiro voltado ao público homossexual[91], o *Lampião da Esquina*[92]. O grupo incluía nomes como Aguinaldo Silva, Antonio Chrysóstomo, Darcy Penteado, Peter Fry, João Antônio Mascarenhas, Jean-Claude Bernardet e João Silvério Trevisan. A publicação mensal, em formato tabloide típico da imprensa alternativa da época, teria 37 edições entre os anos 1978 e 1981[93].

O Lampião assumia "a mesma linguagem desmunhecada e desabusada do gueto homossexual"[94], ao mesmo tempo despudorada e contestadora, que questionava a visão dos homossexuais como doentes e infelizes, entendendo-os como uma minoria politicamente oprimida[95]. As matérias e artigos tratavam de uma grande gama de temas que não encontravam espaço nem na imprensa tradicional, nem na mídia alternativa de esquerda, que iam de sexualidade, artes, ecologia e discriminação racial, até notícias da constituição de grupos e coletivos homossexuais regionais e dicas de bares, boates e outros espaços de convivência homoerótica[96].

---

[89] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R.. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*., pp. 81-82.

[90] A visita ao Brasil do ativista americano Winston Leyland, editor do jornal *Gay Sunshine* de São Francisco, em 1977, é tradicionalmente citada como um dos fatores que deram impulso à criação da publicação. A sua estada no país incluiu encontro com diversos intelectuais, alguns dos quais viriam a integrar o corpo editorial do *Lampião da Esquina*, e recebeu alguma cobertura da mídia tradicional. (*Ibidem.* p. 82)

[91] Em que pese o Lampião ser reconhecido como a primeira publicação nacional voltada para o tema da homossexualidade, o jornalista Celso Cury escreveu para o jornal paulista *Última Hora* a partir de fevereiro de 1976 a pioneira *Coluna do Meio*, que trazia notícias sobre homossexuais famosos brasileiros e estrangeiros, dicas de bares e restaurantes e um popular "correio elegante". O jornalista acabou demitido pelo jornal após o Ministério Público paulista iniciar investigação contra ele com base na Lei da Imprensa (GREEN, J. N.; POLITO, R. *Frescos Trópicos. Op. Cit.* pp. 167-169.). Com efeito, o número zero do Lampião trouxe reportagem em defesa de Celso Cury no processo que este enfrentava, argumentando ainda pela necessidade de um movimento organizado que combatesse as ações arbitrarias e discriminatórias do Estado (GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* p. 431).

[92] O nome do jornal remetia não apenas a ideia de luz, caminho, etc., mas visava subverter o ícone viril do cangaceiro; o logotipo do jornal misturava referências à indumentária do cangaço, inclusive com o chapéu típico, com uma imagem que evocava a genitália masculina.

[93] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*. pp. 82-84.

[94] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 339.

[95] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 85-86.

[96] GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* p. 431; TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 339.

A postura política do jornal se orientava para uma "alternativa libertária, que desafiava convenções e convicções políticas expressas na época tanto no campo conservador quanto na esquerda"[97]. Os membros do corpo editorial, entretanto, divergiam fundamentalmente sobre a estratégia que o nascente movimento homossexual deveria utilizar para formular suas demandas, havendo marcada desconfiança em relação à política tradicional e às possibilidade e necessidade de institucionalização, decorrentes da percepção durante a Ditadura Militar de que o Estado seria o principal agente violador de direitos a ser combatido.

Ainda em 1978, o jornal é objeto de investigação policial por supostas ofensas à moral e aos bons costumes. Todavia, o apoio à publicação por parte do sindicato de jornalistas e da Associação Brasileira de Imprensa, além de intelectuais e artistas, obriga o inquérito a mudar de rumo; num segundo momento, é feita devassa da contabilidade da publicação. Encerrada a auditoria, foram retiradas todas as acusações contra os editores[98].

Em dezembro de 1979, o jornal organiza na sede da Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro, um Encontro de Homossexuais Militantes, no qual são formuladas algumas pautas concretas, como a inclusão na Constituição Federal do respeito à "opção sexual" e a despatologização da homossexualidade[99].

Já o *Somos*[100] foi formado por um grupo de homossexuais[101] em São Paulo, com base na percepção da necessidade de o discurso acerca da homossexualidade ser feito pelos próprios homossexuais para que as vivências não-heterossexuais pudessem ser vistas sob um luz mais positiva[102]. O discurso do *Somos* se caracterizaria por entender a homossexualidade como potencial agente de uma transformação cultural e social profunda, estando fortemente influenciado pelo ideário da contracultura e o espirito contestador e antiautoritário que marca a época[103].

---

[97] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 86

[98] GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* p. 434; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 87-88.

[99] *Ibidem*, p. 104.

[100] Em que pese o grupo ter iniciado seus encontros e atividades em 1978, o nome *Somos* somente seria adotado em 1979, por ocasião de sua participação numa semana de debates sobre os movimentos de minorias, organizada na Faculdade de Ciências Sociais da USP (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 96-97). Segundo MacRae: "Esse nome foi julgado atrativo por ser curto, afirmativo, forte e palindrômico" (MACRAE, Edward. *A Construção da Igualdade*: identidade sexual e política no Brasil da "abertura". Campinas: UNICAMP, 1990, p. 108).

[101] Apesar de a sua formação original ter sido exclusivamente masculina, ao longo do tempo mulheres também ingressaram no *Somos*. O grupo permaneceu, entretanto, por princípio, formado exclusivamente por homossexuais (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 98-99).

[102] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 348

[103] MACRAE, E. *A Construção da Igualdade*. *Op. Cit. passim*.

A marca característica da atividade do *Somos* era a atividade de militância feita partir das experiências e relatos pessoais dos seus integrantes[104]. Este modelo quase confessional buscava não apenas reconhecimento mútuo e a formação de uma identidade coletiva homossexual, mas também combater os sentimentos de culpa e baixa autoestima que afligia os homossexuais da época, em função de toda sorte de violências simbólicas que sofriam[105] [106]. Assim, a partir do reconhecimento da violência que sofriam individualmente, os homossexuais começaram a significar coletivamente sua identidade como uma questão política[107]. Simões e Facchini destacam que tais reuniões, como já acontecia no movimento feminista, pretendiam a "politização do cotidiano", com uma transformação social ampla a partir da ressignificação política do privado e da intimidade[108].

Essa forma de fazer política representou um desencanto para alguns militantes mais acostumados a práxis política tradicional, que tacharam o grupo de desorganizado e sem objetividade. Esse afastamento das formas ortodoxas de militância era consciente, a partir de "uma crescente preocupação de contestar o ativismo como forma de busca do exercício de poder"[109]. Neste sentido, visando a evitar a cristalização de lideranças, o grupo se organizava de forma horizontal e descentralizada, buscando simultaneamente evitar as assimetrias e

---

[104] O fato de o grupo ser formado exclusivamente por homossexuais foi positivo para tal atividade, na medida em que fortalecia os laços de reconhecimento e identificação, permitindo que novos integrantes se sentissem menos intimidados em trazer seus relatos e confissões e pudessem lidar melhor com sentimentos de culpa e autodepreciação (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 99).

[105] "Os temas procuravam concentrar-se sobre os indivíduos ali presentes e suas experiências quotidianas enquanto homossexuais, assim como dúvidas, problemas e projetos, visando dessa maneira atuar sobre a realidade sem começar pelo *outro*, mas por nós próprios. O modelo era, até certo ponto, o *gay consciousness group* americano, através do qual se buscava uma identidade enquanto grupo social" (TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 339). O impacto desse tipo de encontro nos participantes do Somos era muito profundo, conforme relato por MacRae "Esses relatos frequentemente possuíam uma forte carga emotiva que levavam à rápida criação de vínculos afetivos entre os membros de cada subgrupo. Ao lado da motivação política, uma das razões mais comuns que motivavam indivíduos a fazer parte do Somos era necessidade de estabelecer contato com outros em igual situação de marginalização sexual e social. Frequentemente encontravam aí, pela primeira vez, a possibilidade de discutirem de maneira não culposa a sua homossexualidade, que poderia tornar-se até motivo de orgulho." (MACRAE, E. *A Construção da Igualdade*. *Op. Cit.* p. 129).

[106] Acerca da importância política desse processo, Lopes destaca que "no caso do movimento homossexual, a questão era criar esse bem coletivo que só apareceria caso fosse dada visibilidade à condição homossexual. No caso dos homossexuais, aquilo que lhes era comum e que poderia ser trazido para a política por meio da visibilidade era a 'opressão' que todos sofriam, embora cada um e cada grupo diferente de homossexuais a sofresse de forma diferente [...] O que lhes faltava era a autoestima, o respeito. Estavam sujeitos – e ainda estão – a abusos de toda sorte, e os abusos não eram nem mesmo percebidos como abusos: nem por muitos deles, nem por parte de quem deles abusava" (LOPES, J. R. L. "Da dissidência à diferença". *Op. Cit.*, p. 280).

[107] Lopes afirma que "a afirmação da identidade, a reunião de pessoas cuja característica comum seja uma forma de desejo e a condição de abuso diariamente sofrida dará a faísca que transformará a violência sofrida individual e aparentemente de forma isolada por casa um em um abuso coletivo e político a ser combatido não pela reação individual, mas pela reação política. O movimento vai em primeiro lugar afirmar a identidade, mesmo considerando que a única coisa realmente comum entre todos os homossexuais é a exclusão sofrida e a negativa de direitos" (*Ibidem*, p. 281).

[108] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 125.

[109] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 341.

hierarquias internas como forma de se opor aquelas existentes na sociedade e na comunidade homossexual entre homens/mulheres, ativos/passivos e efeminados/masculinizados[110].

As tensões internas e as dissidências desaguaram em sucessivas cisões, que, aliadas às dificuldades financeiras, eventualmente sepultaram o *Somos*[111]. Assim, por exemplo, as mulheres do grupo, incomodadas com o machismo dos homens, formalizam a separação ainda em 1980[112]. Outro foco de tensão era a dupla militância de alguns integrantes, no *Somos* e em partidos de esquerda, acusados de tentarem instrumentalizar o grupo[113].

Com efeito, outra marca desse momento é a tensão entre o discurso de uma esquerda mais tradicional, marxista e focada na luta proletária, e os chamados "novos movimentos", como o movimento feminista, negro e o próprio homossexual[114]. Esse conflito ocorre porque setores da "velha esquerda" encaravam essas novas demandas e movimentos como secundários ou mesmo potencialmente prejudiciais à luta de classes, bem como pela aliança no enfrentamento do Regime com a ala mais progressista da Igreja Católica, refratária às demandas relacionadas ao gênero e à sexualidade[115]. Parte dessa tensão advinha do receio dos militantes de que os grupos fossem cooptados e instrumentalizados pelos partidos de esquerda[116], desconfiança reforçada pelo espirito francamente avesso a qualquer forma de institucionalização que marcava o período.

No começo da década de 1980, outros grupos ativistas surgiram em São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Salvador e outras cidades[117]. Segundo Facchini e França, a marca comum de todos esses grupos nesse período era a busca de um movimento homossexual revolucionário e não apenas reformista[118]. Cumpre destacar que o Lampião da Esquina, que possuía distribuição nacional, exercia importante papel de manter a coesão desse incipiente movimento, noticiando o surgimento e atividades políticas dos grupos regionais.

---

[110] FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. "De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro". In: *Sexualidad, Salud y Sociedad.* Revista Latinoamericana, n. 3, 2009, p. 59.
[111] FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?. Op. Cit.* pp. 95-98.
[112] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso. Op. Cit*. p. 358; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*. p. 104.
[113] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit,* pp. 354-357
[114] Essa tensão com os movimentos proletários e o discurso da esquerda tradicional por vezes aproximou o movimento homossexual com os demais "novos movimentos", principalmente com o movimento feminista. Com efeito, "o desafio das feministas ao patriarcado, à rigidez dos papéis de gênero e aos costumes sexuais tradicionais desencadeou uma discussão na sociedade brasileira que convergiu com as questões levantadas pelo movimento gay a partir de 1978. Ativistas gays e muitas feministas viram uns aos outros como aliados naturais contra o sexismo e uma cultura dominada pelo machismo" (GREEN, J. N. *Além do carnaval*. *Op. Cit.* p 394).
[115] TREVISAN, J. S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 338.
[116] *Ibidem.* p. 354
[117] *Ibidem.* p. 347.
[118] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.*, p. 59.

Episódio emblemático dessa 1ª fase foi o ato público realizado no centro de São Paulo, em 13 de junho de 1980, contra a atuação moralizante na região do delegado José Wilson Richetti, que perseguia homossexuais, prostitutas e travestis, e que pode ser considerada a primeira manifestação de rua do movimento homossexual brasileiro[119], congregando setores do movimento homossexual, negro e da esquerda[120].

Com o abrandamento da censura, o tema da homossexualidade pôde ser absorvido pela imprensa tradicional. Com efeito, a redemocratização liquidou com a imprensa alternativa que em grande medida se alimentava das restrições impostas pelo regime aos meios de comunicação[121]. Tal fator, somado às complicações financeiras em manter a publicação, dificuldades operacionais de toda ordem e acirramento das divergências entre os membros do corpo editorial acerca do papel político a ser desempenhado pelo Lampião, fez com que o jornal finalmente encerrasse suas atividades após três anos de existência.

1.1.2. Segunda Onda: A epidemia da AIDS e a Constituinte

A emergência da AIDS representou uma grande virada no nascente movimento homossexual brasileiro, com a desarticulação de muitos grupos organizados[122] e profunda alteração do discurso político dos grupos remanescentes.

Em 1982, são identificadas as primeiras vítimas da AIDS no Brasil, mas a resposta do movimento à doença neste primeiro momento não foi unívoca. Parte da militância, movida pelo discurso da "liberação sexual" e com uma atitude crítica ao que entendiam como um dispositivo moralizante de controle médico, relutou na adoção de medidas de enfrentamento da doença[123].

---

[119] Em 1976 houve a tentativa de organização de um evento pela comemoração do Dia do Homossexual nos jardins do Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro, o qual não chegou a ser realizada diante da ostensiva força policial mobilizada para o local na data com vistas a conter os "desviantes", o que revela uma forte intolerância do Estado a qualquer manifestação pública ou evento político homossexual (GREEN, J. N.; POLITO, R. *Frescos Trópico*. *Op. Cit.* pp. 170-173).

[120] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.* pp. 111-112. A importância do ato é reforçada pelo clima de "vitória momentânea" decorrente da suspensão das ações empreendidas pela polícia na região e a convocação para que o delegado Richetti prestasse esclarecimentos na Assembleia Legislativa de São Paulo (SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. "Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil: São Paulo (1978-2004). In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 22, n. 63, 2007, p. 125).

[121] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.* p. 110.

[122] Segundo Figari, dos 22 grupos atuantes 1980 em todo o Brasil, somente três continuariam a existir em 1986 (FIGARI, C. *@s Outr@s Cariocas*. *Op. Cit.* p. 443). O fim do Lampião, que ocorre concomitantemente com o surgimento dos primeiros casos de AIDS no Brasil, teve papel relevante na redução do número de coletivos e grupos pró-direitos gays, na medida em que o jornal exercia relevante papel de "porta-voz" nacional do movimento (FACCHINI, R; FRANÇA, I L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* p. 60.).

[123] TREVISAN, J S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* pp. 438-440; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.* p. 128.

Havia também o receio de que o engajamento na luta contra a AIDS pudesse reforçar o estigma existente que relacionava homossexualidade e doença[124].

Todavia, outra parte do movimento logo percebeu a necessidade de enfrentamento da doença, atuando num primeiro momento por meio de um trabalho assistencialista emergencial, mas logo buscando os serviços de saúde com intuito de obter ajuda governamental no combate à doença, o que gerou uma resposta estatal organizada ainda nos primeiros anos da epidemia[125], primeiramente no âmbito dos Estados e depois no âmbito da União, com a estruturação do Programa Nacional de DST/Aids dentro da estrutura do Ministério da Saúde em 1988[126].

Neste contexto, um novo relacionamento entre os homossexuais organizados e os órgãos governamentais é forjado: os grupos, agora articulados como ONGs, passam a receber verbas estatais para atuar no enfrentamento da doença, nos termos das diretrizes construídas pelo Ministério e secretárias de saúde[127]. Esta situação revela paradoxos, na medida em que a definição de "grupo de risco" importa simultaneamente no reforço de estigmas e de exclusão e na legitimação para formulação de políticas públicas, estratégias e aportes orçamentários específicos para a população homossexual[128]. Trata-se da construção de uma espécie de "SIDAdania", em que a garantia de direitos é feita a partir de políticas públicas de enfrentamento da epidemia[129].

Outra problemática diz respeito à formulação pelo discurso médico da categoria HSH ("homem que faz sexo com homens")[130] nas discussões e protocolos referentes ao HIV/AIDS e outras DSTs a partir da década de 1990. A sigla foi estrategicamente engendrada para fazer referência direta às práticas sexuais, evitando a discussão entre o possível descolamento entre práticas e identidades (e.g. homens que se identificam com a heterossexualidade, mas esporadicamente se relacionam com outros homens), principalmente num momento histórico em que a identificação como homossexual poderia ser ainda mais estigmatizante, afugentando

---

[124] Com efeito, ainda na aurora da epidemia nos EUA, a doença foi provisoriamente nomeada de GRID – *Gay-Related Immune Deficiency* (imunodeficiência relacionada à homossexualidade), vindo a receber o nome AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida, na sigla em inglês) somente em 1982.

[125] SANTOS, G. G. C. "Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 128-129. Esta articulação relativamente prematura em resposta à AIDS é relacionada pelo autor a um interesse do governo na participação da sociedade civil e a postura progressista de alguns médicos sanitaristas (*Loc. Cit.*).

[126] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 131.

[127] TREVISAN, J S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 369. Neste sentido, Gomes destaca que em 1990 o Estado brasileiro articulou-se com o Banco Mundial e a Organização Mundial de Saúde para o combate a doença, incluindo neste a participação da sociedade civil (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 99).

[128] SANTOS, G. G. C. "Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil". *Op. Cit*, p. 129.

[129] O termo "SIDAdanização" foi originalmente cunhado por Larissa Pelúcio (PELÚCIO, Larissa. *Abjeção e Desejo*: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de Aids. São Paulo: Annablume, 2009).

[130] Tradução da sigla MSM ("*men who have sex with men*"), utilizada no debate estadunidense.

alguns homens dos programas de prevenção. A sigla, por outro lado, é objeto de crítica por ativistas, por ser invisibilizadora de identidades e sujeitos políticos[131].

A epidemia de AIDS produziu efeitos complexos sobre a formação da identidade e visibilidade homossexuais. Por um lado, a doença atingiu mais fortemente, além deste grupo, usuários de drogas injetáveis e prostitutas, sujeitos socialmente estigmatizados, o que produziu um discurso moralizante de culpabilização da própria vítima[132], que hora assumia cores pretensamente científicas ("câncer gay"), ora atualizava um discurso religioso ancestral ("castigo divino"). De certa maneira, a epidemia da AIDS forneceu uma oportunidade de contra-ataque para o discurso conservador em prol das formas tradicionais e monogâmicas de família[133].

Em sentido oposto, entretanto, a epidemia de AIDS teve efeitos importantes para a visibilidade homossexual: a doença mudou drasticamente as falas sobre sexualidade e sexo que, se por um lado se davam por um viés medicalizante e higienista, por outro retiraram as práticas homossexuais da clandestinidade e do âmbito do não dito, catapultando-as para o centro do debate público[134].

O novo contexto de democracia que se anunciava contribuiu para esmaecer a postura profundamente anti-institucional e antiestatal da 1ª fase, prenunciando um modelo de organização do movimento mais formalizado e institucional[135] e menos avesso às alianças com governos e partidos[136]. Com efeito, o Estado deixa de ser o grande "inimigo comum" dos diversos movimentos sociais, para se tornar um interlocutor e até mesmo um aliado[137].

O discurso político se torna mais pragmático, e a atuação dos movimentos deixa de ser marcada pela formulação da homossexualidade como projeto de revolução cultural, e passa a se voltar a demandas mais específicas e concretas de garantia de direitos e combate à

---

[131] FACCHINI, R; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.*, p. 64.
[132] PELÚCIO, Larissa; MISKOLCI, Richard. "A prevenção do desvio: o dispositivo da aids e a repatologização das sexualidades dissidentes". In: *Sexualidad, Salud y Sociedad.* Revista Latinoamericana, n. 1, 2009, p. 133.
[133] TREVISAN, J S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* pp. 437 *et seq.*
[134] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.*, pp. 133-135; TREVISAN, J S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 370.
[135] Neste sentido, deve ser destacado o pioneirismo do Grupo Gay da Bahia – GGB, coordenado pelo professor da UFBA Luiz Mott, primeiro grupo gay a se registrar formalmente como associação sem fins lucrativos, já em janeiro de 1983 (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit*. *Op. Cit.* p. 124).
[136] *Ibidem.* p. 117.
[137] SANTOS, G. G. C. "Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil". pp. 122-123. Não obstante, muitos militantes que adentraram na luta política a partir do combate à Ditadura permaneceram avessos ao diálogo com o Estado, vislumbrando essa aliança como parte de um processo mais amplo de domesticação dos movimentos sociais no Brasil pós-redemocratização.

discriminação e violência [138]. Este discurso, por outro lado, ao pretender a desvinculação da homossexualidade de seus aspectos mais marginais na formulação de uma imagem pública palatável da diversidade sexual, acabou por abandonar parte das vivências a ela relacionadas[139].

Em que pese ser retratado como de desmobilização do movimento, algumas conquistas importantes foram alcançadas nesse período, com destaque para a retirada da homossexualidade do código de doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, em 1985[140] [141], bem como a adoção e disseminação da ideia de "orientação sexual", em substituição à noção de "opção sexual", na construção de demandas frente ao Estado[142].

Com efeito, o debate para a inclusão da "orientação sexual" no rol de motivos de discriminação expressamente vedados na nova Constituição foi a principal bandeira do movimento na Assembleia Constituinte. A proposta, entretanto, não logrou êxito[143], e os debates em torno da medida revelaram um rechaço enorme dos parlamentares, que entendiam que a previsão iria estimular a libidinagem, a imoralidade e a devassidão, e que serviria apenas para incentivar os "maus costumes", ridicularizar as instituições oficiais e propagar a epidemia

---

[138] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* p. 60. Com efeito, o discurso dessa nova militância se caracterizou pela diminuição do caráter político das atividades dos grupos da 1ª fase, como o *Somos*: "A política para eles tem um sentido mais pragmático e menos ancorado nas experiências e vivências pessoais dos próprios militantes. A política é referida principalmente por meio da atuação institucional segundo objetivos bem definidos. Para diminuir a discriminação contra os homossexuais, o caminho privilegiado passou a ser a ação junto ao Legislativo e ao Judiciário, perseguindo a mudança dos códigos e das leis" (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit*. *Op. Cit.* p. 125). Este processo acontece de forma semelhante com o movimento estadunidense; D'Emilio destaca que no período imediatamente subsequente à Revolta de *Stonewall*, gays e lésbicas empregavam uma linguagem de radicalismo político, encarando-se como uma parte de uma transformação maior, profunda e revolucionária da sociedade e cultura americanas (*gay liberation*), mas que com o passar do tempo, o movimento adota uma linguagem mais moderada e pragmática, voltada para conquistas concretas no campo do Direito (*gay rights*) (D'EMILIO, John. "Making and unmaking minorities: the tensions between gay politics and history". In: *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. vol. XIV, 1986, pp. 915-922.).

[139] FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?*. *Op. Cit.* pp. 116-117.

[140] A importância dessa conquista foi destacada por Simões e Facchini: "Foi uma campanha marcante por ter mirado em uma das raras instâncias em que se discriminava oficialmente a homossexualidade no Brasil e, dessa forma, ter questionado a associação entre homossexualidade e doença que voltava com força devido à Aids" (SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.* p. 121).

[141] A homossexualidade já não era considerada doença pela Associação Americana de Psiquiatria desde o ano de 1974. Em maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde excluiu a homossexualidade de sua lista de doenças (FIGARI, C. *@s Outr@s Cariocas*. *Op. Cit.* p.552). No Brasil, cabe destaque ainda a Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, que proíbe estes profissionais de oferecerem tratamentos que visem alterar ("curar") a orientação sexual de uma pessoa. A patologização permanece, entretanto, em relação às identidades trans.

[142] FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?*. *Op. Cit.* p. 117; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris Op. Cit.* p. 126. A ideia de "orientação sexual", em que pese a importância histórica na construção das identidades e demandas políticas do movimento tem sido mais recentemente objeto de críticas que destacam o seu teor essencialista ou mesmo "biologizante" em relação à sexualidade, desconsiderando o seu caráter mutável e culturalmente construído (SOUSA FILHO, Alípio de. "A política do conceito: subversiva ou conservadora? – crítica à essencialização do conceito de orientação sexual". In: *Bagoas*, n. 04, 2009, *passim)*

[143] Apesar de não ter sido incluída na "Constituição Cidadã", a vedação da discriminação por orientação sexual foi incluída nas Constituições Estaduais de Mato Grosso e Sergipe, e nas Leis Orgânicas de vários municípios (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 100).

de AIDS[144]. A proposta foi objeto de votação – e derrota – por duas vezes, na Comissão de Sistematização, em julho de 1987, por 32 votos a favor e 60 contrários, e no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, em janeiro de 1988, por 130 a favor, 317 contrários e 14 abstenções[145]. Em fevereiro de 1994, durante a revisão constitucional, foi feita nova tentativa de aprovação da proposta, que restou vencida por 250 votos contrários, 53 favoráveis e 7 abstenções[146]. No tocante ao reconhecimento jurídico das uniões homossexuais na Constituição, nem os constituintes simpáticos à causa, provavelmente inclusive por razões estratégicas, levantaram a bandeira durante a Constituinte[147] [148].

1.1.3. Terceira Onda: Institucionalização e alianças com o Estado e perspectivas atuais

A retração experimentada na fase anterior dá lugar, a partir da década de 1990, a um revigoramento do movimento, com a multiplicação do número de grupos, maior periodicidade dos encontros nacionais, multiplicação das demandas[149] e a fundação dos primeiros grupos voltados especificamente para a defesa de direitos de transexuais e travestis[150].

O enfrentamento da epidemia de AIDS, com as iniciativas estatais lançadas no âmbito dos diversos entes federativos, selou a aliança ao longo dos anos 1990 entre o Estado e o movimento LGBT[151], cada vez mais profissionalizado e institucionalizado. Neste sentido, a redemocratização e a ideologia de um Estado Mínimo que marcam o período reforçam a aliança entre o Estado e a sociedade civil/"terceiro setor". A complexidade dessa relação é destacada por Facchini e França:

---

[144] A proposta recebeu inclusive a alcunha pouco elogiosa de "emenda da desorientação sexual" (TREVISAN, J S. *Devassos no Paraíso*. *Op. Cit.* p. 158).

[145] Santos realiza detalhada análise da composição partidária e ideológica de cada uma das posições, para demonstrar uma prevalência da esquerda na defesa do projeto (PT e PDT), e da direita em sua oposição (PFL). O maior partido na constituinte, o PMDB, dividiu-se quanto ao tema, o que demostra a sua heterogeneidade ideológica naquele contexto, embora tenha havido certa prevalência da posição contrária (SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. "Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil". In: *Contemporânea*, v. 6, n. 1, 2016, pp. 199-204).

[146] *Ibidem*, p. 202.

[147] MARMELSTEIN, George. "Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas". In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, 2011, p. 237.

[148] Sob um enfoque um pouco mais otimista, Santos destaca que "trazer a questão homossexual para as discussões da Constituição foi um fato de grande relevância, pois possibilitou o contato com parlamentares que se sensibilizaram com a causa e, mais tarde, tornaram-se importantes interlocutores do movimento homossexual no Congresso Nacional" (SANTOS, G. G. C.. "Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil". *Op. Cit*, p. 126)

[149] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 100.

[150] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* pp. 138-139.

[151] Simões e Facchini destacam que os financiamentos provenientes dos programas governamentais de combate a DST e AIDS não apenas alimentaram projetos e políticas públicas específicos para esta população, articulados e executados pelo movimento, como financiaram encontros e paradas do orgulho LGBT (*Ibidem.* p. 139).

> O mesmo Estado, que pode exercer algum nível de controle do movimento por meio da definição de editais, também parece depender cada vez mais da existência da "sociedade civil organizada" para a proposição, a legitimação ou mesmo a execução de políticas públicas, ou ainda para que, através do "controle social", os recursos investidos se mantenham em seus destinos originais[152].

A aliança do movimento com o Estado se reflete, ainda, em outros âmbitos. Assim, por exemplo, diversos partidos políticos criaram setoriais LGBT a partir da década de 1990[153], lançando candidatos aliados da causa e formulando projetos de lei e políticas públicas em atendimento às demandas do movimento[154]. Assim, "a partir da redemocratização, os partidos também se converteram em canais para tornar visíveis as demandas do movimento e articulá-las politicamente"[155]. Alguns marcos importantes nessa relação são a proposição em 1995 pela então Deputada Federal pelo PT/SP Marta Suplicy do PL 1.151/1995, que versava sobre a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo; a formação de Frentes Parlamentares organizadas em defesa dos direitos LGBT; e a eleição para Deputado Federal de Jean Wyllys pelo PSOL/RJ, em 2010, primeiro parlamentar homossexual assumido identificado com as bandeiras LGBT[156] [157].

A partir deste momento, o movimento multiplica as identidades de seus sujeitos políticos, passando a incluir progressivamente demandas de lésbicas, travestis, transexuais e

---

[152] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.*, p. 73. Essa relação, embora traga ganhos inquestionáveis para o movimento, também se reflete numa dependência pelo financiamento público, o que tende a gerar um "abrandamento e alinhamento de posições" (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 101).

[153] Os pioneiros neste processo foram o PT e o PSTU; a maioria das setoriais LGBT partidárias surgem a partir de meados da década de 2000, predominantemente entre os partidos de esquerda, como PSB e PSOL, embora mais recentemente também entre partidos de centro, como o PSDB e o PMDB. Ademais, as setoriais costumam nascer junto a diretórios municipais e estaduais antes de serem organizadas nacionalmente, o que demonstra uma capilaridade da temática (SANTOS, G. G. C. "Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 189-192)

[154] Marques e d'Ávila, entretanto, destacam que a defesa de direitos LGBT e a aliança com o movimento passa mais por um cálculo eleitoral e posicionamento individual de cada candidato do que por um balizamento partidário mais institucionalizado, o que reflete o intenso personalismo que marca a atuação dos parlamentares brasileiros (MARQUES, V. L.; D'ÁVILA, P. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 105-106).

[155] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris. Op. Cit.* p. 139.

[156] Em 2006, o estilista e apresentador de televisão Clodovil Hernandes, homossexual assumido, foi eleito deputado federal pelo PTC de São Paulo, tendo posteriormente se filiado ao PR. Todavia o mesmo não teve uma atuação parlamentar de defesa das bandeiras LGBT.

[157] Jean Wyllys é um professor universitário baiano radicado no Rio de Janeiro que se tornou famoso nacionalmente após vencer a 5ª edição do reality show *Big Brother Brasil*, em 2005. Elegeu-se para o seu primeiro mandato em 2010 com votação pouco expressiva, graças ao resultado obtido pelo colega de partido Chico Alencar. Em 2014, reelegeu-se como o 7º deputado federal mais votado do Estado do Rio de Janeiro. Sua atuação parlamentar é marcada pela defesa de projetos voltados para a promoção de direitos de minorias sexuais e outros temas polêmicos, como a regulamentação da prostituição e descriminalização da maconha.

bissexuais, o que se reflete numa sucessão de siglas denominativas do "movimento guarda-chuva"[158], que chegaram a colocar em xeque a sua intelegibilidade pelo público em geral em função desta "sopa de letrinhas"[159].

A partir do final dos anos 1990, refletindo a profissionalização do movimento e a pluralidade de estratégias, os grupos, já aliados com o Poder Executivo no combate à AIDS, passam a ajuizar ações para garantir o tratamento da doença. Assim, por exemplo, ainda em 2000, o STF julga o RE nº 271.286, reiterando o entendimento quanto à possibilidade do direito à saúde ser demandado judicialmente, para garantir distribuição gratuita de medicamentos de enfrentamento à AIDS. Neste sentido, o processo crescente de judicialização da saúde, a partir do final dos anos 90, representou para o movimento LGBT um ditoso caminho para a promoção das suas demandas no tocante ao tema.

Outro ponto que merece destaque é a fundação, no VIII Encontro Brasileiro de Gays e Lésbicas, em 1995, da ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, rede nacional que congrega grupos de todas as regiões do país. A entidade tem atuação destacada na formulação das pautas do movimento perante os poderes do Estado, sendo autora do MI nº 4733, que visa à criminalização da homofobia, e intervindo recorrentemente como *amicus curiae* em ações perante o STF, por exemplo.

Além do Estado, o movimento passa a se relacionar de forma crescente com o mercado, com o crescimento de serviços e estabelecimentos específicos para o público gay – chamado neste contexto de "GLS" (gays, lésbicas e simpatizantes). Este relacionamento guarda complexidades, na medida em que, se por um lado estes espaços incorporam em alguma medida um discurso ativista de "visibilidade" e "orgulho"[160], produzindo uma representação positiva e um senso palpável de comunidade, por outro hierarquizam e estratificam assimetrias com bases em marcadores como classe, geração e cor[161].

---

[158] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* pp. 62-63.
[159] A expressão é de Regina Facchini (FACCHINI, R. *Sopa de Letrinhas?*. *Op. Cit.*).
[160] Neste sentido, por exemplo, muitas Paradas do Orgulho LGBT contam com apoio e parceria de bares e boates gays, que promovem um calendário específico em torno do evento ou colocam carros de som próprios no evento (RAMOS, Silvia; CARRARA, Sérgio. "A Constituição da Problemática da Violência contra Homossexuais: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas". In: *PHYSIS:* Revista de Saúde Coletiva. v. 16, n. 2, 2006, p. 190).
[161] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* pp. 67-68. Outrossim, a preferência do mercado pela sigla GLS, em oposição as siglas mais usualmente adotadas pelo discurso político não é ingênua, na medida em que exclui a população mais estigmatizada e menos interessante para o mercado de consumo (travestis e transexuais) e abre portas para uma categoria fluída ("simpatizantes") poder consumir nestes espaços sem se preocupar em ser tachada prontamente de homossexual. Neste sentido, Facchini e França relatam que muitas travestis são barradas ou maltratadas em estabelecimentos voltados para homossexuais (*Ibidem*: 68).

Com efeito, o mercado de consumo representa uma importante arena de disputa política do movimento homossexual a partir da década de 1990, com o fortalecimento da noção de direitos do consumidor. Assim, a busca por um tratamento igualitário em bares, restaurantes, motéis, *shopping centers*, etc., gerou demandas por medidas anti-discriminatórias, dando ensejo à aprovação de leis contra a discriminação em estabelecimentos comerciais por vários Estados e Municípios[162]. Ademais, em resposta ao impedimento de demonstrações públicas de afeto nestes espaços, são cada vez mais comuns os chamados "beijaços", articulados pelo movimento mais organizado ou pelos próprios frequentadores, por meio das redes sociais [163].

A face mais conhecida deste novo período é o que Ramos e Carrara chamam de "política da visibilidade maciça", com as Paradas do Orgulho LGBT[164]. Figari relaciona o sucesso das paradas à organização metódica, excelente política de marketing e alianças com o Estado e o mercado, que garantem uma manifestação política "espetáculo"[165]. As paradas atualmente ocorrem em centenas de cidades, e as maiores atraem centenas de milhares de participantes, incorporando-se inclusive ao calendário oficial turístico das cidades. Sobre a importância da visibilidade para o manejo e sucesso das pautas do movimento frente aos poderes jurídicos, Gomes afirma que:

> Ao alterar maneiras de ver o mundo, salientando mudanças e atribuindo-lhes juízos valorativos positivos, a articulação do movimento LGBT trouxe para o debate público novos argumentos constitucionais e foi responsável por criar um ambiente de plausibilidade e, por fim, naturalidade para algumas de suas proposições[166].

Com o passar do tempo, as respostas do Estado em termos de políticas públicas vão se diversificando para além da questão da AIDS. Neste sentido, em 2004 é lançado o Programa Brasil Sem Homofobia, contemplando uma série de demandas de diversos setores do movimento LGBT[167], e são criados órgãos federais específicos para o enfrentamento da

---

[162] No âmbito do Rio de Janeiro, por exemplo, a Lei Municipal nº 2.475/96 e a Lei Estadual nº 7.041/15 preveem penalidades administrativas para os estabelecimentos comerciais que praticarem discriminação em razão da orientação sexual.
[163] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* p. 69.
[164] RAMOS, S.; CARRARA, Sérgio. "A Constituição da Problemática da Violência contra Homossexuais". *Op. Cit.*, p. 189.
[165] FIGARI, C. *@s Outr@s Cariocas*. *Op. Cit.* p. 483
[166] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 102.
[167] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 145; AGUIÃO, Silvia; VIANNA, Adriana; GUTTERRES, Anelise. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". In: LOPES, José Sergio Leite; HEREDIA, Beatriz (orgs.). *Movimentos Sociais e Esfera Pública*: o mundo da participação. Rio de Janeiro, CBAE, 2014, pp. 247 *et seq*.

discriminação contra LGBTs[168]. Em 2008, comemorando os 30 anos do movimento homossexual brasileiro, realiza-se a 1ª Conferência Nacional GLTB, em que discursaram o então Presidente Lula e diversos ministros[169]. Todavia, a relação do movimento com o governo federal apresenta conflitos e estranhamentos, como atesta o episódio da suspensão do Governo Federal do material didático do projeto "Escola Sem Homofobia" em 2011, mais conhecido pela alcunha que recebeu de seus detratores de "kit gay"[170].

No âmbito do Judiciário, a jurisprudência vem, mesmo na ausência de positivação legal expressa, reconhecendo direitos previdenciários, sucessórios, relativos à adoção ou guarda de crianças, entre outros temas, de casais homossexuais, ao longo da década de 1990 e 2000[171]. Em 05.05.2011, no julgamento das ADI 4277 e ADPF 132 o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Posteriormente, em 2013, com base neste julgamento e em decisão do STJ[172], o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 175, de 14.05.2013, consolidando a possibilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento e de casamento direto entre pessoas do mesmo sexo. Gomes destaca que, em que pese a atuação do STF no caso poder ser caracterizada como contramajoritária, ao opor-se à visão da maioria da população sobre a questão, ela reflete um processo em curso de alteração da percepção da sociedade sobre o tema[173].

O avanço das demandas na arena legislativa federal, entretanto, sofre intensa resistência de setores conservadores ligados a religiões cristãs[174], com grande capacidade de organização e coordenação, principalmente por meio da Frente Parlamentar Evangélica - FPE. O discurso desses setores é marcado pela defesa de uma concepção de família exclusivamente heterossexual-monogâmica ("tradicional") e pela oposição à repressão de discursos e práticas

---

[168] Neste sentido, por exemplo, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação de LGBT e a Coordenação Geral de Promoção dos Direitos LGBT, no âmbito da Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República.
[169] FACCHINI, R.; FRANÇA, I. L. "De cores e matizes". *Op. Cit.* p. 56.
[170] O projeto "Escola sem Homofobia" envolveu vários ministérios, com destaque para os da Saúde e da Educação, além de contar com participação de representantes da sociedade civil e da academia. Embora contivesse uma série de iniciativas, a política ficou famosa pelo "kit" de materiais impressos e audiovisuais que visava a incentivar o debate dos temas da diversidade sexual e de identidade de gênero junto aos estudantes dos últimos anos do fundamental e do ensino médio pelos professores e escolas interessados. Após intensa pressão dos setores religiosos e parlamentares da extrema-direita, que ameaçavam convocar o então Ministro da Casa Civil Antonio Palocci para explicar no Congresso sua contestada evolução patrimonial, a Presidente Dilma Rousseff suspendeu o projeto sob o argumento de que o governo não faria "propaganda de opções sexuais".
[171] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 205-208.
[172]REsp nº 1.183.378, em que a Corte entendeu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo.
[173] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 103. O tema será abordado mais detalhadamente na seção 4.1.
[174] CARRARA, Sérgio. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". In: *Bagoas,* n. 5, 2010, p. 137.

discriminatórios, com fundamento na liberdade de expressão[175]. Assim, a partir da ideia de que a arena legislativa se apresenta como um espaço pouco promissor para a promoção de sua agenda, o movimento LGBT passa a cada vez mais apostar na judicialização como estratégia política, que, como visto, já lhe rendeu algumas conquistas importantes[176].

Por outro lado, a decisão do STF acerca das uniões homoafetivas gerou uma intensa reação ("*backlash*") desses setores ligados a concepções conservadoras de gênero e sexualidade[177], que se tornaram ainda mais críticos da atuação do Poder Judiciário[178] e procuraram blindar o Poder Legislativo contra as demandas LGBT[179]. Como exemplo máximo desse contramovimento, pode-se citar o PL 6583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), que dispõe sobre o "Estatuto da Família", prevendo como entidade familiar apenas aquela formada por casais de sexo diferente, visando expressamente à reversão da decisão do STF[180].

As políticas educacionais dos diversos entes federativos também são marcadas pelo enfrentamento entre o movimento LGBT e este contramovimento ligado às religiões cristãs. Com efeito, a partir da ideia de que visariam à promoção de uma "ideologia de gênero", medidas educacionais destinadas ao combate do *bullying* homofóbico nos colégios e à discussão de sexualidade, gênero e novos arranjos familiares vêm sofrendo interdição[181].

Por fim, uma última questão diz respeito a um possível esgotamento deste modelo de ativismo característico da terceira onda ou mesmo a sua superação por uma "quarta onda" do

---

[175] Vide seção 5.2.1.

[176] CARRARA, S. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". *Op. Cit.*, pp. 137-139; SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 155. Assim, em estudo empírico sobre a atuação do Congresso Nacional e dos Tribunais Superiores no tema dos direitos LGBT, Rosa Oliveira aponta o descompasso entre a atuação do Executivo e do Judiciário de um lado e do Legislativo do outro: "a análise aponta, portanto, que a grande discrepância de posturas e compreensões sobre as questões relacionadas à afirmação de direitos sexuais voltados à população LGBTTT, envolvendo as respostas estatais a suas demandas, não inviabiliza totalmente a formulação e implantação de importantes políticas públicas voltadas à população LGBTTT. Isto se dá, uma vez que o Poder Executivo vem acompanhando, com mais vigor, a reivindicação por ampliação de direitos, enquanto o Poder Judiciário segue oferecendo alternativas de interpretação da lei que questionam, em especial, a inoperância do Legislativo neste âmbito" (OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil*: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, p. 129, disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cejus/publicacoes/publicacoes/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf>. Acesso em 11 out. 2016).

[177] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* pp. 109-111.

[178] O desagrado dos políticos ligados ao conservadorismo religioso com o judiciário, sobretudo seu órgão máximo, já era intenso desde o julgamento pelo STF da ADPF nº 54, que reconheceu a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.

[179] Neste sentido, a eleição do Deputado Federal Marco Feliciano (PSC/SP) para presidir a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2013. O assunto será melhor abordado no item 5.2.1.

[180] Vide item 5.2.2.

[181] Sobre o tema, vide: MIGUEL, Luis Felipe. "Da 'doutrinação marxista' à 'ideologia de gênero': Escola sem Partido e as leis de mordaça no parlamento brasileiro". In*: Direito & Práxis*, v. 07, n. 15, 2016.

movimento LGBT. Conforme relatado, a tradicional divisão histórica do movimento LGBT brasileiro em três ondas foi sugerida por Regina Facchini em livro publicado no ano de 2005[182]. Todavia, nos últimos mais de dez anos, muitas mudanças, conquistas e derrotas importantes marcaram a história do movimento e dos direitos LGBT no Brasil.

Com efeito, boa parte dos temas que foram objeto de discussão na presente seção – ou ainda seus principais desdobramentos – ocorreram em momento posterior à publicação do livro e da proposta original da divisão história aqui adotada, como, por exemplo, a garantia pelo STF das uniões homoafetivas; a formação de uma bancada religiosa organizada no Parlamento, aguerrida no enfrentamento das demandas LGBT; a estruturação de políticas públicas federais para o tema da diversidade sexual para além do eixo do HIV/AIDS, através, por exemplo, do Brasil sem Homofobia (2004); etc. entre outros.

Por este motivo, alguns autores sugerem a emergência de uma quarta onda, embora não haja unanimidade em relação ao seu exato significado e quais processos estariam englobados. Assim, por exemplo, alguns autores sugerem que, a partir da ascensão do PT ao poder em 2003, os militantes do movimento LGBT teriam se deslocado para dentro da própria estrutura do Estado, o que teria se refletido no incremento e multiplicação de políticas públicas e ações governamentais voltadas a esta população, gerando uma nova relação apta a caracterizar uma "quarta onda"[183]. Por outro lado, outros autores, embora concedam a existência de uma "crise" da terceira onda, em que o modelo das ONGs e das alianças profissionais com o Estado adotado a partir dos anos 1990 não é mais capaz de explicar adequadamente as dinâmicas do movimento LGBT nacional, questionam a existência de um outro modelo distinto que possa ser chamado de uma "quarta onda"[184].

Neste sentido, alguns processos mais recentes – não contemplados na descrição tradicional da terceira onda – assumem enorme importância para a compreensão do movimento LGBT brasileiro atual. É possível citar, por exemplo, a formação nas universidades de núcleos e grupos de pesquisa sobre o tema da diversidade sexual e de gênero, nas mais diversas áreas

---

[182] A defasagem desta narrativa do itinerário histórico do movimento LGBT brasileiro em relação ao momento atual é ainda maior se levarmos em consideração que o livro corresponde, em larga medida, à dissertação de mestrado defendida pela autora em 2002.

[183] PEREIRA, Cleyton Feitosa. "Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil". In: *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 4, n. 1, 2016, p. 123; MELO, Iran Ferreira de. *Ativismo LGBT na imprensa brasileira*: análise crítica da representação de atores sociais na *Folha de S. Paulo*. 2013. 385 f. Tese (Doutorado em Filologia e Língua Portuguesa) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 149 e ss. É possível questionar, neste sentido, se, após o processo de impeachment da Presidente Dilma Roussef e a consequente saída do poder do PT, estaríamos diante da possibilidade de uma "quinta onda".

[184] Neste sentido, COACCI, Thiago. "Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais brasileiros sobre homossexualidades, 1989-2012". In: *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana, n. 21, 2015, pp. 57-58.

do conhecimento[185]. Ainda no âmbito universitário, são cada vez mais comuns os coletivos voltados à socialização, conscientização e militância política dos alunos LGBTs, que têm por marca uma crítica ao movimento tradicional e a institucionalização característica da terceira onda, resultante em alguma medida de um "choque de gerações"[186]. Uma referência importante deste processo é a realização do Encontro Universitário de Diversidade Sexual – ENUDS, a partir de 2003.

O perfil e os debates internos do movimento LGBT continuam o processo de complexificação e divisão, com a disputa pelo reconhecimento de cada vez mais identidades e vivências (assim, por exemplo, a assexualidade); a organização e atuação mais intensa das "letras" mais estigmatizadas (lésbicas, bissexuais e travestis, transexuais e transgêneros)[187]; e a formação de grupos em torno da questão da interseccionalidade, congregando pessoas LGBT negras ou com deficiência, por exemplo. Destaca-se, também, o fortalecimento da crítica às estratégias e prioridades políticas do movimento tradicional, a partir da penetração, primeiro na academia, e posteriormente, na militância, dos debates relacionados à Teoria Queer[188].

---

[185] Assim, por exemplo, podemos destacar a Associação Brasileira de Estudos em Homocultura - ABEH; o Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos - CLAM, na UERJ; o Núcleo de Estudos de Gênero – PAGU, da Unicamp; e o Grupo de Pesquisa em Cultura e Sexualidade – CUS, da UFBA.

[186] AMARAL, Julião Gonçalves. "Coletivos universitários de diversidade sexual e a crítica à institucionalização da militância LGBT". In: Século XXI: Revista de Ciências Sociais, v. 4, n. 2, 2014, *passim*.

[187] PEREIRA, C. F. "Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 123-124.

[188] A Teoria Queer está relacionada à produção de uma série de autores estadunidenses de diversas áreas, como a teoria literária e a filosofia, a partir da segunda metade dos anos 1980, influenciada pelos trabalhos de autores do pós-estruturalismo, como Foucault e Derrida, e de teóricas feministas, como Monique Wittig. Um marco é a publicação do livro *Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade*, de Judith Butler, em 1990. O objeto central de investigação aqui é a matriz heterossexual que exige dos sujeitos uma linha coerente entre sexo – gênero – desejo – prática sexual. Aqueles que em alguma medida falham em atender a esse modelo normativo acabam sendo vistos como desviantes de gênero e passam a ser objeto de violência e repúdio. O próprio termo "queer" visa retratar essa experiência de marginalização dos desviantes de gênero: trata-se originalmente de uma expressão pejorativa/xingamento – algo como "estranho" ou "esquisito" –, mas que foi apreendida e ressignificada por estes teóricos. Neste sentido, a noção central da Teoria Queer é a "abjeção" ou "repugnância", utilizada para caracterizar aqueles sujeitos inassimiláveis pela sociedade hegemônica e a sua matriz heterossexual. Do ponto de vista político, grosso modo, a perspectiva queer traria uma crítica a um certo essencialismo identitário característico do movimento LGBT tradicional, que teria por resultado (re)produzir uma normalização e a divisão entre sujeitos legítimos e ilegítimos. Miskolci defende que o movimento homossexual tradicional é caracterizado por uma crítica à heterossexualidade compulsória na defesa da homossexualidade como uma alternativa legítima, o que teria por consequência a produção de um assimilacionismo, ao garantir a cidadania somente aos sujeitos homossexuais que conseguissem emular padrões heteronormativos (por exemplo, casais gays que querem casar e adotar filhos). A perspectiva queer, por outro lado, teria com marca a crítica ao próprio padrão heteronormativo, recusando qualquer processo de normalização que produza sujeitos socialmente aceitáveis e sujeitos "abjetos" (MISKOLCI, Richard. *Teoria Queer*: um aprendizado pelas diferenças. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, pp. 24-27). Neste sentido, o movimento LGBT mais tradicional, a partir do recurso à afirmação de identidades como estratégia de ação política, terminaria por ser excludente em relação àqueles que não se adequam ao itinerário identitário proposto (por exemplo, transgêneros não-binários). Segundo Colling, essa aposta em um "essencialismo estratégico" seria marcada, dentre outros fatores, por uma prevalência da busca pela conquista de marcos legais, em detrimento a ações de mudança no campo cultural (COLLING, Leandro. "A igualdade não faz o meu gênero: em defesa das políticas das diferenças para o respeito à diversidade sexual e de gênero no Brasil". In:

Um último processo mais recente, e talvez o mais importante destes, é a disseminação do acesso à internet e a emergência das redes sociais, o que permitiu a construção de novos espaços de socialização LGBT e novas arenas para a militância ("ciberativismo"). Estas novas tecnologias permitem, por exemplo, a conexão de pessoas independentemente de distâncias físicas, em grupos, comunidades e fóruns que podem congregar dezenas de milhares de membros, produzindo interações que seriam impossíveis fora do universo virtual[189]. Ademais, sites, blogs e redes sociais como *Facebook* e *Youtube* permitem a produção de conteúdo e promoção de debates de interesse das pessoas LGBT que não encontram visibilidade e espaço no campo midiático tradicional[190]. As novas tecnologias representam, assim, uma alternativa para abordagem de temas e opiniões junto ao debate público, "driblando" o fechamento dos meios de comunicação hegemônicos[191]. Finalmente, tais ferramentas possibilitam a organização de manifestações e outras ações políticas, tanto exclusivamente na arena virtual (por exemplo, os chamados *tuitaços* ou *hackativismo*), quanto em conexão com mundo real (por exemplo, a convocação de uma passeata via um evento no *Facebook*, a criação de petições e abaixo-assinados virtuais e a campanha de candidatos a cargos eletivos), que são marcadas pela possibilidade de uma coordenação mais descentralizada e espontânea.

1.2. Demandas atuais do movimento LGBT: A construção de uma Gramática de Direitos

A análise histórica do movimento LGBT empreendida revela que o seu discurso reivindicatório se transformou substancialmente ao longo do tempo, passando a adotar cada vez mais uma formatação jurídica. Assim, embora num primeiro momento o movimento homossexual elaborasse suas demandas de forma bastante fluída, entendendo as vivências

Contemporânea, v. 3, n. 2, 2013, p. 408). É possível perceber, assim, que esta disputa entre de um lado um movimento organizado em torno de uma lógica identitária e construtor de demandas formais em relação ao Estado, e de outro, um mais libertário, que ao contrário de um essencialismo identitário pretende uma maior fluidez como estratégia não de afirmação de identidades, mas sim de desconstrução estrutural da própria ordem heteronormativa, em alguma medida reflete os dois modelos históricos de organização do movimento LGBT brasileiro: a busca de uma mudança cultural mais profunda (primeira onda) e a busca por demandas formais de garantia de direitos (terceira onda).

[189] MOREIRA, Alysson Darlan. "Ciberativismo no Facebook: movimentos sociais conectados em rede e a democracia da informação no Grupo LGBT Brasil". In: *RECSA – Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 4, n. 2, 2015, pp. 122-126.

[190] ESPINDOLA, Carolina Bonoto. "Cidadania na Sociedade em Rede: o Ciberativismo e o combate à LGBTfobia". In: *Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade*: mídias e direito da sociedade em rede, 2015, p. 12.

[191] COTTA, Diego de Souza. "A rede sai do armário: o ciberativismo do arco-íris". In: Anais do XIX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste, 2014, p. 4.

homoeróticas como um elemento maior de disrupção cultural, com a profissionalização, a aliança com o Estado e uma estratégia voltada para obtenção de conquistas mais palatáveis, o movimento começou a ver a necessidade de formular suas demandas sob uma "gramática de direitos fundamentais", utilizando-se de uma retórica jurídico-constitucional na construção e defesa de suas reivindicações[192], ou, nas palavras de Silvia Aguião, de uma "linguagem de direitos" na defesa de um "direito a ter direitos"[193]. Este processo de transformação que ocorre dentro do discurso dos movimentos sociais demonstra que sua relação com o Direito é ambígua, e envolve simultaneamente instâncias de "luta contra o direito" ou "à margem do direito" e instâncias de "luta por direitos"[194].

A "juridicização" das demandas LGBT não importa, por outro lado, no abandono total da potencialidade de transformação cultural do movimento, na medida em que a conquista de direitos pela população LGBT, seja pela extensão de direitos que antes lhes eram negados (p. ex. uniões homoafetivas), seja pela criação de novos direitos (p. ex. direito à cirurgia de transgenitalização), tem "efeitos práticos e simbólicos significativos no universo difuso da 'batalha cultural' pelas mudanças na 'visão de mundo' de uma sociedade"[195].

A busca de reconhecimento das demandas e identidades LGBT está relacionada ao processo de "especificação" do sujeito de direito apontado por Bobbio[196], em que um grupo recebe um reforço na sua proteção jurídica em função do reconhecimento da sua situação de desigualdade fática ou necessidades específicas, em oposição à garantia de direitos somente a um sujeito de direito abstrato e a-histórico. Tal processo é uma das linhas evolutivas dos direitos fundamentais apontadas por Peces-Barba, e ocorreria em relação tanto aos titulares, quanto ao conteúdo destes direitos; em relação àqueles, a condição social ou cultural de inferioridade de determinados sujeitos serviria a justificar a sua proteção especial, por meio de direitos específicos que possibilitem sua afirmação e inclusão[197]. Podemos compreender a especificação como o reconhecimento de que o sujeito jurídico abstrato, pretensamente universal, é na

---

[192] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 39. Assim, Eskridge destaca que "a doutrina constitucional não apenas canaliza as energias desses movimentos [baseados em identidades] e contramovimentos, mas também direciona sua retórica e talvez suas ideologias nos limites traçados por juízes e juristas ("*constitutional doctrine not only channels the energies of these movements an countermovements, but also channels their rhetoric and perhaps their ideologies into the furrows plowed by judges and law professors*"; ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, p. 480).

[193] AGUIÃO, Silvia. *Fazer-se no "Estado"*: uma etnografia sobre o processo de constituição dos "LGBT" como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo. 2014. 316 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, p. 86.

[194] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 37.

[195] MARQUES, V. L.; D'ÁVILA, P. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, p. 91.

[196] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 62.

[197] MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*: teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pp. 180-181.

verdade homem, branco, heterossexual, e não oferece abrigo normativo bastante para os sujeitos que não se amoldam a esse padrão, que passam a buscar um "direito à diferença" em oposição a esse universalismo jurídico homogeneizante[198].

Os movimentos sociais são partícipes na construção da realidade constitucional, na medida em que disputam os significados de suas normas, buscando influenciar ou reagir às interpretações adotadas pelos atores estatais[199]. Assim, este processo de "juridicização" das demandas envolve a disputa de significados constitucionais[200], tanto por parte do movimento, quanto por parte dos seus adversários ("contramovimento"). Neste sentido, Eskridge destaca que tanto o movimento LGBT quanto os seus opositores buscam articular suas demandas como direitos inscritos na Constituição, como forma de colocá-los a salvo do processo político ordinário[201]. A partir do momento que o movimento LGBT começa a ter conquistas na arena jurídica, forma-se um contramovimento reativo, que busca proteger suas próprias visões constitucionais[202].

---

[198] RIOS, Roger Raupp. "Direito à diferença: comentário jurídico". In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia & Direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa, 2012, p. 251.

[199] Esse fenômeno, além de buscar retratar de maneira positivamente adequada a forma pela qual as demandas dos movimentos sociais são construídas, também possui uma dimensão normativa. Neste sentido: "A constituição, em uma sociedade democrática, deve ser o objeto das disputas de diversos grupos políticos e sociais, que, com suas próprias narrativas a respeito de seus significados, pretendem mudar a realidade" (NUNES, Daniel Capecchi. *Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*: o Supremo Tribunal Federal na Nova República. 2016. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 39).

[200] Neste sentido, Gomes entende que os movimentos sociais são responsáveis pela criação de uma "arena discursiva paralela", em que novas interpretações da normatividade constitucional, mais afeitas aos seus interesses e necessidades, são formuladas e propostas em resposta às interpretações hegemônicas ou "oficiais" (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 74).

[201] ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, pp. 422, 479-480. Neste sentido, a construção de demandas a partir de uma interpretação constitucional, ou antes, como a melhor e mais verdadeira interpretação constitucional, é justamente uma estratégia para colocar aqueles direitos pleiteados acima do politicamente questionável. Assim, "ativistas em busca de mudança constitucional fora do processo legislativo geralmente se veem honrando, e não violando, a distinção entre direito constitucional e política. Cidadãos que procuram influenciar o entendimento constitucional sem reforma constitucional formal continuam a falar através de uma distinção entre direito e política. Ativistas regularmente expressam suas visões sobre a Constituição como a Constituição, como o mais verdadeiro e melhor entendimento da história e compromisso constitucionais – e não como uma espécie de relato parcial ou partidário do significado da Constituição. Desta forma, ativistas reescrevem a autoridade da distinção entre direito e política, mesmo quando eles estrategicamente a utilizam para avançar determinados objetivos substantivos" ("*advocates seeking constitutional change outside the lawmaking process generally understand themselves to vindicate, rather than violate, the distinction between constitutional law and politics. Citizens seeking to influence constitutional understanding without constitutional lawmaking continue to speak through a law/politics distinction. Advocates regularly express their claims on the Constitution as the Constitution, as the truest and best understanding of Constitution's history and commitments – not as some partisan or partial account of the Constitution's meaning. In this way, advocates reinscribe the authority of the law/politics distinction, even when they strategically deploy it to advance particular, substantive aims*." (SIEGEL, Reva. "Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA". In: California Law Review, v. 94, 2006, p. 1345).

[202] O tema será melhor trabalhado na seção 5.2.

Os movimentos sociais possuem uma série de canais e estratégias para demandar seus direitos, que vão desde a atuação institucional perante Cortes, legislaturas e órgãos da Administração Pública, até uma atuação extra-institucional mais fluída, com a busca de mudanças culturais e de mentalidade e mutações constitucionais[203]. 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[204].

O recurso crescente 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 da concepção do Poder Legislativo como espaço exclusivo ou privilegiado de disputa política[205], que vem a reboque de uma crise de legitimidade que atinge os parlamentos e uma dificuldade de fazer avançar nestes espaços determinadas bandeiras[206]. Este processo é especialmente verdadeiro no caso do movimento LGBT, a partir de uma "agenda mais propositiva e inclusiva em relação ao Judiciário", uma vez que os espaços políticos majoritários encontram-se cerrados as suas demandas, "sendo o direito a nova linguagem dessa disputa política"[207]. Neste sentido, a importância central que o Judiciário assumiu na agenda do movimento LGBT nacional deve ser pensada diretamente "à luz das dificuldades de se gerarem acordos no âmbito do legislativo"[208].

Por outro lado, a linguagem jurídica e a atuação formal-institucional representam, em alguma medida, uma limitação à construção das demandas e ao ativismo do movimento LGBT. Com efeito, o Direito tem uma gramática específica, um discurso próprio, e as demandas que pretendam ser dirigidas aos seus operadores, principalmente em sede judicial, devem ser

---

[203] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* pp. 63 *et seq*. Garcia e Parker argumentam que a contestação de normas culturais ao longo do tempo pode produzir uma mudança com efeitos mais produtivos a longo prazo, na medida em que tornam socialmente problemática a manutenção da discriminação e da marginalização, ao passo que avanços legais podem mascarar a manutenção de injustiças persistentes na esfera sócio-cultural e até mesmo enfraquecer a efervescência do movimento (GARCIA, J.; PARKER, R. "From global discourse to local action". *Op. Cit.*, p. 19).

[204] EPP, Charles R. "Law as an instrument of social reform". In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics.* Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 598.

[205] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 39

[206] Assim, para Eduardo Mendonça: "muitas vezes são os próprios agentes políticos e grupos de pressão que provocam e intervenção judicial, incorporando o sistema judicial à sua atuação em sentido amplo. Nesse sentido, o direito se aproxima da política e até pode ser apropriado como ferramenta de luta política. Inclusive por parte de grupos sociais que dificilmente teriam acesso adequado ao sistema político, mas que podem inserir suas pretensões no debate público a partir da arena judicial" (MENDONÇA, E. "A constitucionalização da política". *Op. Cit.*, p. 9).

[207] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 40.

[208] AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTTERRES, A. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". *Op. Cit.*, p. 242.

formuladas dentro destes limites de inteligibilidade. Tal circunstância importa um processo de "tradução" das demandas sociais para o "juridiquês" que pode representar a sua "domesticação" e seu arrefecimento[209] [210]. Significa dizer, a transposição de um discurso originalmente formulado em uma determinada linguagem para outra, como se dá com as reivindicações construídas no calor do ativismo político e que precisam ser expressas em termos juridicamente aceitáveis, gera em algum nível a modificação e deformação do argumento original para que o mesmo caiba dentro dos limites da linguagem para a qual vertida.

Ademais, a nova linguagem, além de restrita pelo seu aspecto técnico, é marcadamente "elitizada e homogênea", o que pode ter resultados excludentes para o debate[211]. Por esse motivo, Barroso inclui tal circunstância no rol de críticas à expansão da intervenção judicial na vida brasileira, destacando que a mesma pode representar uma "limitação do debate":

> O mundo do direito tem categorias, discurso e métodos próprios de argumentação. O domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais que passariam a ficar à espera de juízes providenciais[212].

Assim, a proeminência de estratégias de reivindicação por canais jurídicos, como a judicialização, traz consequências para o ativismo: quanto mais central for a atuação dos juristas, mais excluídos se tornam os militantes que não dominam a técnica e a discursividade

---

[209] Neste sentido, "há muito tem se argumentando que enquadrar demandas de maneira juridicamente aceitável retira delas 'apelo político e finalístico' [...] Em sentido estrito, a natureza técnica da argumentação jurídica pode despir as demandas de apelo emocional e generalizado." (*"It has long been argued that framing issues in legally sound ways robs them of 'political and purposive appeal'* [...] *In the narrow sense, the technical nature of legal argument can denude issue of emotional, widespread appeal*", ROSENBERG, G. *The Hollow Hope. Op. Cit.*, p. 12). Na mesma toada, Carina Leite afirma que "quando se permite a manifestação de grupos de interesse por meio de canais formais de contribuição para a jurisdição constitucional, as opiniões manifestadas na sociedade, por vezes de forma apaixonada, têm de ser expostas na forma de argumentos que possam ser ponderados pelo tribunal, o que, de certa forma, pode 'amortecer' as pressões exercidas sobre o tribunal". (LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Os Diálogos Sociais no STF*: as audiências públicas, o amicus curiae e a democratização da jurisdição constitucional brasileira. 2014. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, pp. 38-39).

[210] Jane Reis destaca, ainda, o caráter opressivo que essa tradução pode impor, na medida em que a impõe a grupos e demandas muito diferentes entre si a adaptação à uma estrutura de linguagem única, relacionada aos aparatos de poder e às relações verticais de autoridade (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades". In: *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 29, 2016, p. 128).

[211] *Ibidem*, p. 140.

[212] BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.* , p. 250.

jurídicas. Este processo pode não apenas "desradicalizar" o discurso do movimento, como também preterir as demandas de sujeitos mais estigmatizados em favor daquelas de identidades e vivências mais palatáveis e assimiláveis para os juízes. Segundo Eskridge, "uma vez que os advogados estejam envolvidos, a reforma legal começa a dominar outros tipos de ação mais do que nunca, e o movimento como um todo tende a assumir uma crescente aura advocatícia"[213]. Em igual sentido, Evorah Cardoso destaca que "a incorporação da linguagem do direito provoca um distanciamento da ação dos 'advogados' e dos 'ativistas'", em privilégio dos primeiros[214].

Por outro lado, esse processo de tradução não é unidirecional, significa dizer, a partir do momento que novas demandas são forçadas para dentro do discurso jurídico, traduzindo-se neste processo, elas também podem terminar por transformá-lo, criando novas categorias jurídicas ou alterando aquelas já existentes. Neste sentido, partindo da ideia de que os movimentos sociais buscam a construção e defesa de uma determinada interpretação constitucional, dentro da ideia de disputa de significados, estas novas leituras propostas também produzem mudanças no discurso jurídico-constitucional. Assim, Balkin defende que determinadas visões e leituras que eram consideradas "absurdas" ("*off-the-wall*") podem com o tempo se tornar cada vez mais aceitáveis até, finalmente, passarem a ser o cânone ortodoxo[215]; a ideia de que a Constituição garante aos casais do mesmo sexo o direito de serem reconhecidos como família é um bom exemplo desse processo, ainda que em curso[216]. Algum grau de limitação em relação à possibilidade de o Direito apreender as demandas, entretanto, é inerente

---

[213] "*Once the lawyers get involved, legal reform comes to dominate other kinds of action more than before, and the movement as a whole tends to assume an increasingly lawyerly aura*". (ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit*, p. 467).

[214]. CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 35.

[215] BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption*: political faith in an unjust world. Cambridge: Harvard University Press, 2011, pp. 179-182; *idem*. "How social movements change (or fail to change) the Constitution: the case of the New Departure". In: Suffolk University Law Review, v. 39, 2005, p. 28. Assim, "é por isso que os movimentos sociais e políticos são tão importantes. Ao mudar as fronteiras do razoável e do plausível, eles abrem espaço para novas formas de imaginação constitucional e novas formas de utopias constitucionais, tanto para bem, quanto para o mal. Eles mudam tanto a noção do que é possível do ponto de vista prático, quanto a noção do que é possível de se imaginar" ("*That is why social and political movements are so important. By shifting the boundaries of the reasonable, and the plausible, they open up space for new forms of constitutional imagination and new forms of constitutional utopianism, both for good and for ill. They change both the sense of what is practically possible and the sense of what it is possible to imagine*.", *Idem*. *Constitutional Redemption*. *Op. Cit.*, p. 11). Em consequência desse processo, "quanto um movimento social é verdadeiramente bem sucedido, os juízes vão ver sua concepção modificada do mundo social não como uma vedada imposição de valores pessoais sobre um público relutante, mas como a aplicação de mero bom senso" ("*When a social movement is truly successful, judges will see their changed conception of the social world not as the forbidden imposition of personal values on an unwilling public but as the application of simple common sense*"; *Idem*. "How social movements change (or fail to change) the Constitution: *Op. Cit.* p. 28).

[216] *Idem*. *Constitutional Redemption*. *Op. Cit.*, p. 135

à sua estrutura[217]. Sobre este papel ao mesmo tempo adaptável e limitador do direito, Rodriguez entende que:

> De um lado, o direito formata de maneira decisiva demandas sociais de transformação, obrigando os diferentes indivíduos, grupos e movimentos sociais de transformação a traduzir suas aspirações em termos jurídicos, o que pode resultar na renovação da gramática institucional e, até mesmo na transformação do código do direito. De outro lado, essa lógica estruturante do direito exclui de fato opções, alternativas e demandas que não se veem respaldadas na tradução para o código jurídico vigente[218].

Ademais, é importante notar que o discurso jurídico e os institutos que ele maneja não são ideologicamente neutros. Desta maneira, o discurso da técnica e da ciência do direito pode servir como estratégia de resistência às alterações na ordem jurídica, criando barreiras que precisam ser quebradas para que uma demanda possa ser considerada pelo Judiciário. O casamento entre pessoas do mesmo sexo é um exemplo loquaz dessa situação, na medida em que a doutrina civilista tradicional entendia a diferença de sexo entre os cônjuges como um elemento essencial do casamento, tão autoevidente que dispensava maior questionamento[219]. Alguns autores, insatisfeitos em atribuir ao casamento homossexual a pecha de "ato inválido" ou "nulo", pretendiam entende-lo como "inexistente", como se buscando negar a própria realidade fática das relações homoafetivas[220].

É possível concluir, portanto, que o Direito, apesar de ser uma ferramenta emancipatória importante manejada pelo movimento LGBT, requer a formulação de demandas dentro de

---

[217] Sarmento argumenta que "é certo que algum nível de exclusão no processo constitucional é inevitável. A forma jurídica, por exemplo, já tem um certo potencial excludente, pois compromete a participação daqueles que não conseguem verter as suas reivindicações para a gramática própria do Direito. E nem tudo que se pode bradar numa manifestação de rua – também um espaço relevante de hermenêutica constitucional - pode ser dito num debate constitucional no STF, que deve ser travado em torno de razões públicas". (SARMENTO, Daniel. "Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição". Gentilmente cedido pelo autor).

[218] RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, pp. 193-194.

[219] DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias. Op. Cit.* p. 272. Neste sentido, Orlando Gomes: "o casamento entre pessoas do mesmo sexo é inconcebível. A existência da diversidade de sexo constitui, entretanto, uma condição natural, tendo-se em vista a conformação física de certas pessoas, dado que repugna cogitar da hipótese de casamento entre dois homens ou entre duas mulheres, fato que pertence aos domínios da insânia" (GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 357).

[220] Sobre tal classificação, José Reinaldo de Lima Lopes relata: "Lembro-me da dificuldade do professor de direito civil ensinar, e os alunos aprenderem, a diferença entre 'ato inexistente', que era apenas um nada no mundo jurídico, o casamento de pessoas do mesmo sexo, dos outros atos inválidos, os chamados atos nulos. Por que um casamento entre pessoas de sexo igual, ou seja, um ato a que faltava um elemento essencial, era inexistente, enquanto um contrato de sociedade ao qual faltasse finalidade social era 'apenas' nulo? A distinção não tinha nada de lógico: eram dois casos em que faltava um elemento essencial exigido pela lei. Mas se o casamento entre pessoas do mesmo sexo fosse 'inexistente' era possível usar adjetivos de grande valor depreciativo: 'um nada', algo que o direito 'não considera' porque não pode considerar o nada e assim por diante. O efeito era simbólico" (LOPES, J. R. L. "Da dissidência à diferença". *Op. Cit.*, pp. 284-285)

linguagem técnica, determinada e restrita. Em consequência, é possível que o fulgor e até mesmo parte da capacidade de seduzir corações e mentes do discurso político se perca nessa tradução ou, ainda, que determinadas demandas e sujeitos sejam preteridos em prol de outros considerados mais viáveis. Ademais, a técnica jurídica representa simultaneamente um possível espaço de resistência à transformação e uma moldura que baliza aquilo que pode ser formulado dentro dos seus limites[221].

No seguimento, serão trabalhadas algumas demandas da pauta atual do movimento. A escolha se deu, principalmente no caso do casamento igualitário e da criminalização da homofobia, pelo amplo reconhecimento de que tais pautas são as principais bandeiras do movimento atual e aquelas que mais recebem recursos em sua defesa[222]. A organização do movimento em torno destas bandeiras, entretanto, reflete em algum nível uma hierarquização de sujeitos dentro do movimento, na medida em que as demandas dos homossexuais masculinos recebem maior atenção do que as de lésbicas, transexuais e travestis, por exemplo.

1.2.1. Casamento igualitário

O reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo foi uma das primeiras e mais importantes pautas do movimento LGBT. Não obstante, o discurso da ciência jurídica historicamente foi muito refratário à demanda de forma categórica, considerando o casamento entre pessoas do mesmo sexo como exemplo de "ato inexistente".

---

[221] Assim, por exemplo, Lucas Freire observa em etnografia realizada no Núcleo de Defesa da Diversidade Sexual e Direitos Homoafetivos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro que, durante o seu atendimento pelos profissionais do núcleo para a produção de documentos do órgão, os assistidos transexuais têm os seus relatos severamente modificados: "é possível perceber que a produção deste relatório deve ser apreendida como um processo através do qual as narrativas dos sujeitos são reduzidas e traduzidas para uma linguagem juridicamente tanto compreensível quanto aceitável. Uma das principais características do Relatório de Primeiro Atendimento é a discrepância entre aquilo que é dito e aquilo que fica registrado. [...] certas coisas não são passíveis de tradução para a linguagem jurídica e, portanto, não são 'judicializáveis'" (FREIRE, Lucas. "Quem tem Direito aos Direitos?: a produção de pessoas transexuais como 'sujeitos de direitos'". In: *Confluências*: revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 17, n. 3, 2015, p. 96). Segundo o autor, este processo tem por objetivo a produção de sujeitos de direitos "legítimos", e acaba por gerar uma homogeneização e simplificação destes relatos, que são encaixados em um roteiro pré-definido e juridicamente intelígivel (*Ibidem*)

[222] As três demandas aqui exploradas coincidem com aquelas destacadas por Aguião, Vianna e Gutterres como as principais pautas do movimento junto ao Legislativo (AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTTERRES, A. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". *Op. Cit.*, pp. 253-254). Outras demandas do movimento LGBT incluem, por exemplo, a livre expressão de sua orientação sexual e/ou gênero em espaços públicos, a discussão sobre interseccionalidade (orientação sexual/identidade de gênero e cor, por exemplo); manutenção e aprofundamento dos programas de combate à AIDS; inclusão da discussão de gênero e sexualidade nas escolas; revisão das normativas referentes à doação de sangue que impedem homens que tenham feito sexo com outros homens de doarem sangue, independentemente de estarem em relação estável ou do uso de preservativos, objeto da ADI nº 5543; etc.

Conforme já relatado, em 1995 a Deputada Federal Marta Suplicy (PT/SP) apresenta o PL nº 1.151/1995 que visava regular as "parcerias civis entre pessoas do mesmo sexo". O projeto pretendia apenas a tutela de direitos de índole patrimonial, excluída qualquer menção à constituição dos parceiros como entidade familiar. Marques e d'Ávila sustentam que essa fuga da questão familiar representava uma análise estratégica de atuação, como o "avanço possível", e não uma falta de desejo real dos casais em se constituírem como família, como revelam as demandas judiciais de adoção homoafetiva que se multiplicaram ao longo das décadas de 1990 e 2000[223].

O projeto sofreu críticas do movimento por esse escopo limitado, que transformaria os homossexuais em "cidadãos de segunda classe", negando-os direito ao igual reconhecimento e rotulando seus enlaces como relações patrimoniais e econômicas, e não afetivas [224]. Assim, com o avanço do reconhecimento de direitos às uniões homossexuais nas mais variadas instâncias do Judiciário, o projeto foi se tornando cada vez mais defasado.

Finalmente, como anteriormente relatado, em 2011, consolidando a jurisprudência que já se desenhava sobre o tema, o STF reconheceu no julgamento das ADI 4277 e ADPF 132 a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e em 2013, o CNJ, por meio da resolução nº 175, determinou a todos os cartórios do país que realizassem a conversão da união estável homoafetiva em casamento e o casamento direto entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, a discussão segue candente tanto na esfera legislativa, quanto no judiciário. No parlamento, grupos contrários ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas organizaram uma reação que inclui a proposta de reversão do entendimento firmado pelo STF por meio do já citado "Estatuto da Família". Em sentido oposto, o movimento LGBT e os parlamentares a ele ligados procuram positivar o entendimento tanto na legislação ordinária[225] quanto na Constituição Federal[226], como forma de assegurar o "casamento igualitário" [227]. Por

---

[223] MARQUES, V. L; D'ÁVILA, P. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, p. 103.

[224] MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. "Reconhecimento, constitucionalismo e casamento homossexual". In: *PRISMAS*, v.4, n, 1, 2007, p. 165.

[225] Neste sentido, o PLC 2153/2011, que visa a positivar a possibilidade de adoção por casais homoafetivos na Lei nº 8.069/90 ("Estatuto da Criança e do Adolescente"); o PLS 612/2011, que visa a alterar o Código Civil para excluir a menção à diversidade de sexo nos dispositivos sobre união estável; e o PL 5120/13 que visa a positivar no Código Civil o casamento de pessoas do mesmo sexo, reformando a redação dos dispositivos que versam sobre o instituto.

[226] Assim, os deputados federais Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Érika Kokay (PT/DF) chegaram a elaborar anteprojeto de emenda à constituição visando a alteração do Art. 226 e parágrafos da Constituição para prever explicitamente a possibilidade de união estável e casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, mas a proposta não alcançou o número mínimo de assinaturas de um terço dos deputados necessário para a sua apresentação.

[227] O termo "casamento igualitário" é usualmente preferido pelos defensores do reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, como estratégica semântica de dar destaque não à diferença ("casamento homossexual/homoafetivo") e sim à igualdade de direitos com relação às uniões tradicionais.

outro lado, no âmbito judicial, o PSC propôs a ADI nº 4966 em face da Resolução nº 175/2013 do CNJ, ainda pendente de julgamento, entendendo que a mesma invadiu a competência exclusiva do legislativo.

Não obstante, cabe anotar que a demanda pelo reconhecimento jurídico das uniões homossexuais nos moldes das uniões entre pessoas de sexo diferente sofre críticas de alguns setores do movimento, que veem nestas uma "domesticação" de sua face mais contestatória e o apagamento das diferenças, além de ser excludente na medida em que reconhece como válidos apenas os relacionamentos gays "higienizados", que emulem o modelo tradicional heterossexual[228] [229].

Todavia, a demanda é apoiada por parcela expressiva da militância, que entende pela necessidade de fruir *os mesmos direitos* com *os mesmos nomes*, seja como decorrência do Princípio da Igualdade, seja como imperativo de Reconhecimento. Sobre a importância e capacidade de transformação decorrente da consagração deste direito, Jean Wyllys, autor do PL 5120/13 ("Lei do Casamento Igualitário"), entende que:

> A nossa luta pelo casamento, portanto, não aponta somente para a conquista desse direito: significa uma luta pelo reconhecimento social e político da dignidade das pessoas homossexuais. É por que também se trata de uma luta cultural e simbólica. Nos países onde o Estado reconheceu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, as novas gerações crescem sabendo que gays e lésbicas não são melhores ou piores do que os heterossexuais, mas apenas diferentes, e que suas famílias valem, para o Estado e para a sociedade, tanto quanto as famílias heterossexuais, e merecem o mesmo respeito e reconhecimento.[230]

---

[228] TEIXEIRA, Antonio Claudio Engelke Menezes. "A vanguarda conservadora: aspectos políticos e simbólicos do movimento LGBT". In: *Desigualdade & Diversidade* – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, n. 7, 2010, pp. 67-69. Neste sentido, Miskolci: "A luta pela parceria civil fez com que gays e lésbicas apelassem ao Estado em busca da proteção que ele nega ou que só concederá através de um enquadramento significativo desses grupos. A relação com o Estado ameaça esvaziar o potencial de crítica da ordem social que caracterizava segmentos do movimento gay e lésbico, pois a redução da luta política ao léxico socialmente oferecido torna seus componentes reféns de formas coletivamente prescritas de comportamento" (MISKOLCI, Richard. "Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay". In: *Cadernos Pagu,* . n. 28, 2007, pp. 122-123).

[229] Deve ser destacado também que o termo "homoafetivo", embora seja usado no presente trabalho de forma intercambiável com "homossexual" e tenha se tornado corrente no discurso jurídico nacional, também é objeto de crítica. Neste sentido, Rios destaca que, apesar de "boas intenções", o mesmo refletiria uma tentativa de "purificar" e "higienizar" as relações entre pessoas do mesmo sexo, expurgando a sexualidade desviante por meio do "mata-borrão" da afetividade (RIOS, Roger Raupp. "Direitos sexuais, uniões homoafetiva e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277)". In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo (Orgs.). *Homossexualidade e Direitos Sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011, pp. 109-111).

[230] WYLLYS, Jean. *Tempo Bom, Tempo Ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014, p. 138.

Assim, Yoshino destaca essa dimensão dúplice da demanda pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo, simultaneamente assimilacionista/conservadora e liberacionista/transformativa: por um lado, o casamento é identificado umbilicalmente com suas limitadas origens heteronormativas, por outro a própria busca dos homossexuais do reconhecimento de seus arranjos familiares pelo Direito é encarada pelos seus opositores como uma afronta, uma tentativa de "esfregar em suas caras" o estilo de vida homossexual[231].

1.2.2. Criminalização da homofobia

Em que pese algumas críticas ao termo[232], a homofobia foi amplamente adotada no discurso da academia e da militância para retratar o preconceito ou a discriminação perpetrada contra um indivíduo em função de uma orientação sexual ou prática afetivo-sexual, real ou pressuposta, não heterossexual[233]. Assim, o enfrentamento da homofobia, tanto por meio da sua prevenção, quanto da sua reprimenda, é uma das bandeiras mais importantes do movimento.

Dentro desta lógica, a aprovação de leis punindo condutas discriminatórias no mercado de consumo, por exemplo, é uma das mais evidentes conquistas. Por outro lado, a tutela penal da homofobia representa "ápice ainda não alcançado" destas demandas. Os defensores da criminalização da homofobia pretendem a sua equiparação ao crime de racismo, tanto em função de uma formulação ampla do conceito de "racismo" pelo STF no HC nº 82.424-2 (Caso Ellwanger)[234], quanto por uma série de normas e dispositivos constitucionais, com destaque para os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição[235].

---

[231] YOSHINO, Kenji. *Covering*: the hidden assault on our civil rights. Nova York: Random House, 2006, p. 91.

[232] Assim, por exemplo, o uso do sufixo *-fobia* pode passar a ideia de que se trata de uma psicopatologia de ordem individual, apagando os componentes social, cultural, jurídico e institucional deste tipo de discriminação e preconceito. Outros termos sugeridos dão maior destaque a estes aspectos, como por exemplo, *heterossexismo* e *heteronormatividade* (RIOS, Roger Raupp. "O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação". In: RIOS, Roger Raupp. (org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 120; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. "Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas". In: *Bagoas*, v.1, n.1, 2007, p. 10).

[233] Borrillo define homofobia como "a hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para o seu sexo biológico. Construção ideológica que consiste na promoção constante de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e, dessa forma, extrai consequências políticas" (BORRILLO, Daniel. *Homofobia:* história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 34).

[234] Esta formulação será objeto de consideração mais aprofundada na seção 4.5.

[235] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. "Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC122/2006)". In: DIAS, Maria Berenice. (coord.). *Direito Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

O esforço em torno da criminalização foi engendrado estrategicamente a partir da percepção de que seria uma demanda mais fácil do que a aprovação de uma lei reconhecendo direitos às famílias do mesmo sexo, na medida em que imaginava-se que seria difícil construir um discurso de oposição que não parecesse conivente com a homofobia[236]. A articulação para tutela penal da homofobia no âmbito do Legislativo se concentrou em torno do PLC nº 122/2006, por meio do qual se pretendia a inclusão da vedação da discriminação em função de orientação sexual e identidade de gênero na Lei nº 7.716/89 ("Lei do Racismo")[237]. Apesar de aprovado na Câmara e de concessões feitas aos setores religiosos[238], o projeto acabou arquivado no Senado Federal em dezembro de 2015, em razão do final a legislatura[239]. A resistência ao projeto foi articulada por setores religiosos com auxílio de médicos e psicólogos ligados a grupos religiosos evangélicos, que defendiam que o referido projeto limitava o seu direito à liberdade de expressão[240].

Atualmente existem duas ações tramitando no STF sobre o tema; ambas trabalham com a noção de uma mora desarrazoada do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e a transfobia, buscando, portanto, o reconhecimento de uma situação de omissão inconstitucional: o MI nº 4733, impetrado pela ABGLT e a ADO nº 26, proposta pelo PPS. Um exame mais detalhado destas ações será realizado adiante.

Uma disputa diz respeito a se a criminalização da homofobia abarcaria outros setores ("letras") do movimento, principalmente aqueles cuja discriminação decorre não de sua orientação sexual, e sim de sua identidade de gênero. Questiona-se, assim, se a transfobia (i.e.

---

[236] CARRARA, S. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". *Op. Cit.*, p. 136.

[237] Esta estratégia é objeto de crítica por Salo de Carvalho, que defende a existência de dois paradigmas de tutela penal da discriminação no Brasil: o da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo), que se caracterizaria pela previsão de novos tipos penais, que envolvem a discriminação no acesso a bens, serviços e locais e o *hate speech* (art. 20); e o da Lei nº 11.343/06 (Lei Maria da Penha), que não inovaria em tipos penais, investindo em um "sistema jurídico autônomo", com regras materiais e processuais distintas para os tipos penais já existentes praticados com violência de gênero, além de medidas civis tendentes a "construção e um novo modelo de gestão de conflitos". O autor defende, assim, que o segundo modelo seria mais eficiente no enfrentamento do preconceito e produziria uma menor expansão do sistema de criminalização (CARVALHO, Salo de. "Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a teoria *queer*". In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 99, 2012, p. 202 *et seq*.).

[238] A relatora do projeto no Senado Federal, Marta Suplicy apresentou modificativo do projeto originalmente aprovado na Câmara, com a inclusão de dispositivo prevendo que não seria considerado induzimento ou incitação à discriminação a manifestação pacífica de pensamento decorrente de atos de fé (FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. "O Ódio Atrás das Grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia". In: *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana. n. 12, 2012, pp. 54-55).

[239] Para um relato detalhado acerca da tramitação legislativa do projeto e das várias mudanças que ele sofreu ao longo do processo, vide COSTA, Luana Pereira. O judiciário enquanto aliado do movimento LGBT: perspectivas positivas e negativas em comparação ao legislativo na busca pela criminalização da homofobia. (Trabalho de conclusão de curso). Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, pp. 29 *et seq*.

[240] SIMÕES, J. A.; FACCHINI, R. *Na Trilha do Arco-Íris*. *Op. Cit.* p. 155. Para uma análise deste discurso, vide a seção 5.2.1.

preconceito contra pessoas trans) estaria incluída ou não na categoria homofobia e, principalmente, se a demanda pelo combate desta abarcaria necessariamente aquela[241] [242]. Neste sentido, Junqueira defende que o manejo de termos específicos como transfobia e lesbofobia pode ter o valor positivo de denunciar o apagamento destas identidades dentro do movimento e realçar demandas específicas[243]. Apesar desses questionamentos, o termo "homofobia" é muitas vezes utilizado como um termo "guarda-chuva" no discurso institucional oficial[244], enquanto parte da militância vem recorrendo à expressão LGBTfobia para tanto.

Cabe destacar, por fim, que mesmo dentro da militância, a criminalização é vista com reservas por alguns setores, a partir da crítica à criação de novos tipos penais e ao inchaço do Estado Penal[245] e da ideia de que outros mecanismos seriam mais efetivos ao enfrentamento e desconstrução do preconceito, como, por exemplo, ações de conscientização e debates acerca da diversidade sexual e de identidades de gênero no âmbito escolar[246]. Assim, Borrillo entende que anterior à repressão da homofobia, é necessário uma atuação pedagógico-preventiva que modifique a forma pela qual a diversidade sexual é encarada socialmente, sem a qual criminalização restaria destituída de sentido[247].

Acerca das bandeiras político-criminais do movimento LGBT, Salo de Carvalho destaca a existência de duas pautas distintas e até certo ponto conflitantes: uma pauta "negativa",

---

[241] CARVALHO, Mario Felipe de Lima. *Que mulher é essa?*: identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p. 128.

[242] Neste sentido, por exemplo, a Lei Municipal nº 2.475/96 e a Lei Estadual nº 7.041/15, que punem administrativamente estabelecimentos comerciais por práticas discriminatórias na cidade e no Estado do Rio de Janeiro, contemplam apenas a discriminação por orientação sexual, e não a discriminação por identidade de gênero.

[243] JUNQUEIRA, R. D. "Homofobia". *Op. Cit.*, p. 8.

[244] Neste sentido, apesar de reconhecer o debate, em relatório oficial acerca da violência homofóbica, a Secretaria Especial de Direitos Humanos incluiu a lesbofobia, a bifobia e a transfobia dentro da ideia de homofobia "para melhor fluência do texto" (SECRETARIA Especial de Direitos Humanos. *Relatório de Violência Homofóbica no Brasil*: ano 2013. Brasília, 2016, p. 5. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>. Acesso em 11 out. 2016).

[245] AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTTERRES, A. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". *Op. Cit.*, p. 253. Por outro lado, Vecchiatti, um dos principais defensores da criminalização da homofobia, denuncia nestes discursos um "minimalismo penal seletivo", que só valeria para a proteção de pessoas LGBT, resultando na "hierarquização de opressões" em relação a outros grupos estigmatizados já contemplados na lei penal (VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia. *Jota*. Publicado em 07 jul. 2016. Disponível em <http://jota.uol.com.br/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia>. Acesso em 11 out. 2016).

[246]. Assim, por exemplo, Jean Wyllys: "Acredito que não é apenas pela via do direito penal que iremos erradicar a homofobia e creio que o aumento do Estado penal, inclusive nesses casos, não é boa ideia [...] Precisamos de programas contra o *bullying* nas escolas, de campanhas nacionais contra o preconceito, de investimento público em favor da diversidade, de uma legislação que permita as pessoas se defenderem da discriminação no trabalho, no acesso aos serviços públicos e em outros âmbitos da vida social. Precisamos, enfim, de uma forte e decidida ação dos poderes públicos no sentido de erradicar a violência homofóbica e todas as formas de discriminação legal que a legitimam" (WYLLYS, J.. *Tempo Bom, Tempo Ruim*. *Op. Cit.* pp. 81-82).

[247] BORRILLO, D. *Homofobia*. *Op. Cit.* p. 106.

limitadora da intervenção das esferas do direito e da psiquiatria (e.g. a revogação do tipo penal militar da pederastia e as demandas de despatologização da transexualidade); e uma pauta positiva, expansiva da intervenção penal que, além da criminalização da homofobia, envolve, por exemplo, pleitos pela extensão da Lei Maria da Penha a casais homoafetivos de ambos os sexos[248].

1.2.3. Demandas de pessoas trans

A última das letras da sigla LGBT representa um grupo plural de sujeitos e identidades, que têm em comum o fato de suas demandas se basearem em uma *identidade de gênero* não cisgênera[249], enquanto todas as outras letras da sigla dizem respeito a uma *orientação sexual* não heterossexual. Esta letra designa a transgeneridade, categoria que inclui transexuais, travestis, entre outras experiências[250], e que são largamente consideradas como o setor mais estigmatizado do movimento LGBT[251].

Segundo Carvalho, as principais demandas deste grupo plural são a possibilidade de alteração do registro civil (nome e sexo); direito a transformações corporais assistidas pelo SUS (terapia hormonal, cirurgia de transgenitalização, etc.); e a luta pela despatologização[252].

A possibilidade de alteração do prenome e do sexo nos documentos de pessoas transgênero não encontra guarida legal específica[253], devendo ser demandada individualmente perante o Judiciário, que possui jurisprudência errática sobre o assunto. Normalmente, a alteração do prenome pelos indivíduos que já vivem socialmente um gênero distinto daquele atribuído ao nascer é aceita com mais facilidade pelos tribunais, com base inclusive nos art. 58 (possibilidade de substituição por apelidos públicos notórios) e art. 55, parágrafo único (vedação de registro de nomes suscetíveis de expor ao ridículo o portador) da Lei nº 6.015/73

---

[248] CARVALHO, S. "Sobre a Criminalização da Homofobia". *Op. Cit.*, p. 194.
[249] A *cisgeneridade* pode ser definida como a auto-identificação com o gênero designado ao nascer.
[250] O termo transgênero é mais corrente no debate americano ("*transgender*"), estando a opção classificatória aqui adotada muito longe de ser pacífica. Com efeito, parte da militância travesti e transexual rejeita o uso do termo "transgênero" (CARVALHO, M. F. L. Que mulher é essa? *Op. Cit.* p. 36 *et seq*).
[251] RAMOS, S.; CARRARA, S. "A Constituição da Problemática da Violência contra Homossexuais". *Op. Cit.*, p. 199.
[252] CARVALHO, M. F. L. Que mulher é essa?. *Op. Cit*, p. 104 *et seq*.
[253] Jean Wyllys destaca que este segmento é vítima de sucessivas invisibilizações, que se inicia na própria invisibilidade legal, i.e., ausência de reconhecimento positivado normativamente da sua existência. O direito, neste sentido, produz invisibilidade do sujeito real e concretiza a existência de um sujeito fictício, presente apenas no nome e sexo de registro (WYLLYS, J. *Tempo Bom, Tempo Ruim*. *Op. Cit.* p. 157).

("Lei de Registros Públicos")[254]. Todavia, no caso do sexo registral, os tribunais costumam condicionar a alteração à realização da cirurgia de transgenitalização[255].

Mesmo antes da alteração registral do nome, uma demanda desta população é a possibilidade de utilização do *nome social* (i.e. prenome com o qual a pessoa se identifica e se apresenta socialmente), o qual já é reconhecido por uma série de instituições e instâncias[256] [257]. Neste sentido, aliada ao tratamento pelo nome social, vem a possibilidade de se apresentar socialmente nestas instituições com o gênero de identificação, por exemplo, por meio do uso de uniformes e banheiros adequados.

A segunda bandeira de maior relevância deste grupo diz respeito ao acesso aos serviços de saúde, com o custeio do processo transexualizador pelo SUS, no âmbito do qual se inclui a cirurgia de transgenitalização. Atualmente este procedimento é realizado em quatro hospitais ligados a universidades (UERJ, UFRGS, UFG e USP), estando condicionado à obtenção de diagnóstico de Transtorno de Identidade de Gênero – TIG, o que reforça uma lógica de patologização da transexualidade[258]. Este processo é conduzido pelo saber médico e psicológico

---

[254] FACHIN, Luiz Edson. "O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação". In: *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, 2014, pp. 78-79.

[255] *Ibidem.*, pp. 85-88*;* FREIRE, Lucas. *A máquina da cidadania*: uma etnografia sobre a requalificação civil de pessoas transexuais. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Museu Nacional, Rio de Janeiro, p. 147. Esta posição da jurisprudência acaba por gerar uma série de problemas, como, por exemplo, a possibilidade de deferimento da alteração do nome e não do sexo, o que evidentemente não resolve os possíveis problemas que uma pessoa transgênero pode passar ao ter que apresentar sua documentação. Além disso, pessoas transgênero não necessariamente têm interesse em realizar a cirurgia, seja por não vivenciar um desconforto com a sua genitália, seja em função do receio de realização de um procedimento cirúrgico de alto nível de complexidade (FACHIN, L. E. "O corpo do registro no registro do corpo". *Op. Cit.*, *passim*).

[256] Uma série de entes federativos previu a obrigação de seus órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta respeitarem o nome social de travestis e transexuais, por exemplo, a União (Decreto Federal nº 8.727/2016) e os Estados de São Paulo (Decreto Estadual nº 55.588/2010) e do Rio de Janeiro (Decreto Estadual nº 43.065/2011). Diversas universidades reconhecem o direito à utilização do nome social pela comunidade discente e docente, como, por exemplo, UFSC, UFBA, UFRN, UFPR, UFF, dentre outras. A OAB também reconheceu o direito das pessoas trans fazerem constar de suas carteiras da ordem o nome social. Ademais, o Ministério da Educação, a partir de 2014, possibilita que travestis e transexuais sejam reconhecidos pelo nome social para prestar o ENEM. A Resolução Conjunta nº 01/2014 do Conselho Nacional de Combate à Discriminação estabelece parâmetros para o cumprimento de penas por pessoas LGBT que incluem, além do uso do nome social, o direito à visitação íntima, uso de roupas e uniformes de acordo com o gênero de identificação, entre outros.

[257] Bento, por outro lado, apresenta uma crítica ao "nome social", entendendo que seria uma "gambiarra" jurídica típica do "jeitinho" brasileiro, que, se por um lado concretamente permitiria às pessoas trans o tratamento – ou a perspectiva de tratamento – em acordo com sua identidade de gênero em alguns espaços determinados, por outro não representaria uma mudança substancial em suas vidas, produzindo uma "cidadania precária". Assim, por exemplo, a autora cita a possibilidade de uma pessoa trans estudar numa universidade em que seu "nome social" seja reconhecido, enquanto em todos os outros âmbitos da sua vida social, como o ambiente de trabalho, relações de consumo, etc., este não é respeitado. Neste sentido, "reconheço a importância dos nomes sociais para as pessoas trans, que lhes assegura em alguns espaços uma existência sem constrangimentos, mas são assustadoras a quantidade de micronormatizações no Brasil e a ausência de uma lei que resolva definitivamente a precariedade existencial das pessoas trans" (BENTO, Berenice. "Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal". In: *Contemporânea*, v. 4, n. 1, 2014, p. 177).

[258] FREIRE, L. A máquina da cidadania. *Op. Cit*, p. 7.

e muitas vezes oferece um único roteiro identitário, que exclui transexuais que não pretendem se submeter à transgenitalização, travestis e identidades de gênero não-binárias[259].

A luta pela despatologização é a principal demanda do movimento trans internacional, embora não encontre no Brasil a mesma ressonância. Isto porque, embora seja consensual entre os ativistas que a transexualidade e a travestilidade não são patologias, o acesso a direitos e a políticas de saúde é feito justamente com base na categoria patologizante do TIG, havendo receio de que a despatologização destas vivências pudesse eliminar políticas públicas para tal população[260]. Neste sentido, Fachin aponta o duplo significado da Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a "cirurgia de transgenitalismo" (*sic*), rechaçando uma visão tradicional – e mesmo reacionária – em relação ao direito de dispor sobre o próprio corpo (art. 13 do Código Civil): "se por um lado é interessante que a cirurgia se afaste do campo da estrita ilegalidade, por outro, tal discurso encontra eco em um tradicionalismo por tratar uma dissonância entre identidade de gênero e sexo biológico como uma doença"[261]. No âmbito da academia e alguns setores da militância, entretanto, vem crescendo a luta pelo reconhecimento da transexualidade como uma "categoria cultural" e não como uma "categoria diagnóstica", entendendo que a patologização representa a eleição de determinadas vivências de gênero como normais/naturais e outras como abjetas/doentes[262].

Em função do nível de preconceito e discriminação que sofrem, as pessoas trans também apresentam muitas dificuldades para permanecer nos bancos escolares, o que resulta em um nível baixo de escolaridade dessa população[263], e para ingressar no mercado formal de trabalho, o que leva mulheres transexuais e travestis muitas vezes à prostituição[264]. Ademais, as pessoas transgênero são desproporcionalmente vítimas de violência, muitas vezes fatal[265].

---

[259] CARVALHO, M. F. L. Que mulher é essa?. *Op. Cit.* p. 118. Segundo Lucas Freire, a patologização e a consequente garantia de direitos a partir de uma "economia moral do sofrimento" produz uma "homogeneização dos sujeitos", na qual o direito, por exemplo, a alteração do registro civil, é oportunizado somente aos "verdadeiros transexuais" que se amoldam ao itinerário narrativo do dispositivo médico e psiquiátrico (FREIRE, L. "Quem tem Direito aos Direitos?". *Ibidem,* p. 111).

[260] *Ibidem.* p. 120 *et seq;* AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTTERRES, A. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". *Op. Cit.*, p. 254.

[261] FACHIN, L. E. "O corpo do registro no registro do corpo". *Op. Cit.*, p. 74.

[262] BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. "Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas". In; *Estudos Feministas.* 20(2): 256, 2012.

[263] Algumas iniciativas estatais visam à reversão desse quadro. Pode-se citar, nesse sentido, o projeto "Projeto Reinserção Social Transcidadania" da Prefeitura de São Paulo, programa de educação para jovens e adultos voltado para travestis e transexuais.

[264] Existem poucos dados estatísticos confiáveis em relação ao nível de escolaridade e percentual das pessoas trans que trabalham com o mercado do sexo. A própria deficiência de dados acerca da sua experiência de vida resulta em algum nível da invisibilidade e da marginalização social a que está submetida esta parcela da população.

[265] Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização de Estados Americanos (CIDH/OEA) registrou o Brasil como o país com o maior número de mortes violentas de pessoas trans no continente, no período de janeiro de 2013 a março de 2014. Com uma diferença de 100 casos para o segundo colocado, o país registrou

Atualmente, tramita no Congresso uma série de projetos de lei que pretendem discutir os direitos de pessoas transgênero. Dentre estes, o mais abrangente é o PL 5002/2013 ("Lei João Nery"[266]), de autoria dos deputados federais Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF) que prevê uma ampla gama de direitos envolvendo identidade de gênero, que vão da alteração registral ao acesso ao processo transexualizador[267].

No âmbito do STF, estão pendentes de julgamento a ADI nº 4275 e o RE nº 670.422. A ação abstrata foi proposta pela então Procuradora-Geral em exercício Deborah Duprat e pretende que o STF confira interpretação conforme ao art. 58 da Lei nº 6.015/73 ("Lei de Registros Públicos") para que se reconheça a transexuais o direito de alterar o prenome e o sexo em seus registros civis, independente da realização de cirurgia de transgenitalização. O Recurso Extraordinário trata do mesmo tema e é oriundo de um caso concreto em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS permitiu a um indivíduo transexual a alteração do seu nome e sexo registrais, fazendo constar neste último, entretanto, o termo "transexual", o que foi considerado pelo recorrente como discriminatório e lesivo do seu direito à intimidade[268]. A Corte reconheceu a repercussão geral do tema ("possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo") em setembro de 2014.

Outra ação referente a direitos transexuais é o RE nº 845.779, oriundo de uma ação de indenização por danos morais movida por pessoa transexual em face de determinado shopping center que impediu o seu acesso ao banheiro do gênero de identificação. O Tribunal entendeu pela existência de repercussão geral do tema ("possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente") em novembro de 2014. A ação teve uma primeira sessão de julgamento em novembro de 2015, em que votaram favoravelmente ao direito de ser tratado de acordo com o gênero de identificação o Ministro-

140 assassinatos (disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/registro-violencia-lgbt.html>. Acesso em 11 out. 2016).

[266] Primeiro homem trans no Brasil a se submeter a uma cirurgia de transgenitalização.

[267] Outros projetos de escopo mais limitado incluem PL 70/1995, que prevê a possibilidade de alteração do prenome de pessoa transexual, mediante autorização judicial; o PL 2976/2008, que possibilita que pessoas com "orientação de gênero travesti" incluam um prenome no nome registral; e o PL 1281/2011, que permite que transexuais que tenham se submetido à cirurgia de transgenitalização troquem o prenome registral independente de autorização judicial

[268] Esta "solução" pode ser entendida como um exemplo da "cidadania precária" das pessoas trans identificada por Bento, que permite a fruição de direitos e o reconhecimento de sua identidade, mas somente até certo ponto (BENTO, B. "Nome social para pessoas trans". *Op. Cit.* p. 178)

Relator Luís Roberto Barroso e o Ministro Edson Fachin, após o que o Ministro Luiz Fux pediu vista, interrompendo a sessão[269].

[269] A sessão de julgamento será abordada em maiores detalhes na seção 4.3.

2. JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT NO DIREITO COMPARADO

O uso da gramática do Direito e do recurso ao Judiciário não é uma estratégia exclusiva do movimento LGBT brasileiro, mas um fenômeno global observado em uma grande variedade de países. Hunter destaca, neste sentido, que os direitos LGBT, ao contrário dos direitos das mulheres e das minorias raciais, se tornaram uma preocupação central do direito constitucional mais recentemente, já durante a "era da globalização", resultando num "dinâmico ambiente jurídico transnacional", em que as cortes de diversos países são chamadas a decidir sobre questões semelhantes quase que ao mesmo tempo[270].

Para Bamforth, as questões que precisam ser enfrentadas pelos judiciários nacionais no tocante àquela que é a mais saliente das demandas LGBT – o *status* jurídico dos casais do mesmo sexo – são de duas ordens: substantiva, i.e., qual deve ser o enquadramento legal destas entidades; e institucional, i.e. qual deve ser o papel do Judiciário e do Legislativo no tema[271]. No tocante ao segundo ponto, as cortes constitucionais de diversos países deram-lhe respostas muito distintas, seja para demonstrar grande deferência ao legislador, reconhecendo a sua impossibilidade de decidir sobre o tema (e.g. o Conselho Constitucional Francês)[272], seja adotando uma postura mais ativista para reconhecer diretamente os direitos de tais famílias (e.g. o STF), seja optando por um meio termo, reconhecendo a inconstitucionalidade da situação presente e determinando ao legislador a sua correção (e.g. a Corte Constitucional da África do Sul)[273]. Neste sentido, não apenas o recurso à jurisdição constitucional pode resultar em graus variados de sucesso para os movimentos LGBT de cada país, como a própria receptividade dos tribunais nacionais modula as estratégias reivindicatórias dos movimentos locais ao decidir se e como recorrer à via judicial como lócus de promoção de sua agenda.

Diante da multiplicidade de países em que o tema da judicialização dos direitos LGBT poderia ser estudado e das evidentes limitações do presente estudo, fez-se necessário estabelecer um recorte e selecionar que casos seriam analisados. Embora as escolhas realizadas não sejam aleatórias, tendo sido selecionadas pela representatividade ou pela contribuição que

---

[270] HUNTER, Nan D. "Discrimination on the basis of sexual orientation". In: AMAR, Vikram David; TUSHNET, Mark V (Eds.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 116.
[271] BAMFORTH, Nicholas. "Legal protection of same-sex partnerships and comparative constitutional law". In: *Comparative Constitutional Law*. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 551.
[272] 2010-92 QPC, decidida em 28.01.2011.
[273] *Minister of Home Affairs v Fourie*, [2005] ZACC 19, decidido em 01.12.2005. O Tribunal sul-africano deu ao parlamento um ano para retificar a situação de desigualdade nas leis sobre casamento. Assim, em novembro de 2006 o legislativo do país votou e aprovou a lei que o tornaria o quinto país do mundo a legalizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e o único país africano a fazê-lo até hoje.

podem trazer para o debate sobre o tema no cenário brasileiro, algum grau de arbitrariedade é inerente. Assim, optou-se por países em que os direitos LGBT já houvesse sido garantidos em extensão razoável, e, dado o escopo do presente trabalho, que as Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais de cada país tivessem exercido um papel relevante nesse processo. Os países escolhidos para o estudo foram os EUA, a Colômbia e a Argentina.

O primeiro país escolhido, os EUA, tem uma longa história de utilização do Judiciário por parte de movimentos sociais para o avanço de suas agendas, sendo uma referência importante de maneira geral no tema da litigância estratégica. Embora o exemplo tradicional neste sentido seja o movimento pelos direitos civis dos negros das décadas de 50 e 60, em que entidades como a NAACP ("Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor") tiveram um papel fundamental no questionamento judicial as leis de segregação racial, o mesmo ocorreu no caso do movimento LGBT, em que diversas entidades e grupos nacionais e locais recorreram à judicialização como forma de avançar as demandas de seu interesse.

Ademais, especificamente no tocante ao tema do presente estudo, o movimento LGBT estadunidense foi e continua sendo uma referência central para o debate acerca da diversidade sexual e de gênero no mundo e no Brasil. A judicialização dos direitos LGBT naquele país, especialmente na questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, fornece um retrato complexo e produtivo acerca das possibilidades, contingências e riscos envolvendo o recurso ao judiciário como lócus de promoção de demandas, especialmente em razão do avanço errático, retrocessos e reações contrárias ("*backlash*") que este caminho provocar. Com efeito, o debate judicial dos direitos LGBT nos EUA foi um fator a galvanizar um poderoso movimento político-eleitoral da direita religiosa e conservadora

A Colômbia e a Argentina, por outro lado, são países latino-americanos, cuja formação histórico-cultural e sociedades apresentam uma série de similaridades conosco. Com efeito, a luta pelos direitos LGBT nos países da América Latina apresenta algumas dificuldades próprias, em função do contexto histórico-cultural da região. Vaggione destaca, por exemplo, a influência persistente da Igreja Católica sobre a política majoritária dos países da região e a importância da cosmovisão cristã na formação da identidade latino-americana[274]. Neste sentido, a defesa cristã de um modelo de família único, não apenas heterossexual, mas também matrimonial, indissolúvel e profundamente patriarcal, estaria relacionada à própria defesa da cultura latino-americana em oposição às influências disruptivas do feminismo e das lutas de minorias

[274] VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". *Op. Cit.*, pp. 233-234.

sexuais[275]. Os grupos que defendem uma noção tradicional de família e sexualidade, costumeiramente ligados à Igreja Católica e cada vez mais ligados a igrejas neopenteconstais, representam uma força organizada e poderosa nos parlamentos dos países da região.

A noção rígida de papéis de gênero masculinos e femininos, seja no âmbito da família, seja em outros espaços sociais, bem como uma cultura profundamente machista e patriarcal que coloca o homem e a masculinidade/virilidade como superiores à mulher e à feminilidade[276], fazem com que as demandas que buscam questionar esses paradigmas, como as do movimento LGBT, encontrem enorme resistência social e política[277]. Tais demandas trazem o privado para a esfera da discussão pública, jogando luzes sobre temas muitas vezes considerados tabus na sociedade latino-americana, e ameaçam a matriz heteronormativa e o sistema de dominação de gênero, construídos ao longo de séculos e cujos efeitos permanecem fortes na vida social e política da região[278].

Assim, essas renitências conservadoras e patriarcais exercem influência sobre o raciocínio judicial, fazendo com juízes incorporem – e nesse sentido, reforcem e legitimem – em suas decisões e votos as mesmas noções tradicionais sobre sexo, masculinidade e família que as demandas LGBT buscam desconstruir[279]. Por estas razões, o judiciário de alguns países da região tem um perfil marcadamente conservador, e uma jurisprudência bastante refratária

---

[275] *Ibidem*, p. 235

[276] SKIDMORE, Thomas E.; SMITH, Peter H. *Modern Latin America*. 6ª Edição. Nova York: Oxford University Press, p. 20 e 62-63. Com efeito, estes autores encaram a noção de "machismo", entendido como "a celebração das expressões social e sexual do poder masculino e da virilidade" ("*celebration of the sexual and social expressions of masculine power and virility")* como uma "norma cultural central" ("*central cultural norm*") para a compreensão da cultura latino-americana (*ibidem*, p. 63).

[277] Assim, apenas a título ilustrativo, uma pesquisa realizada pelo instituto americano *Pew Research Center* entre outubro de 2013 e fevereiro de 2014, concluiu haver uma "oposição generalizada ao casamento gay" ("*widespread opposition to gay marriage*") na América Latina, com apenas quatro de dezenove países (Uruguai, Argentina, Chile e México) pesquisados apresentando um percentual de aprovação maior ao de oposição. (PEW RESEARCH CENTER, *Religion in Latin America*: Widespread Change in a Historically Catholic Region, p. 69. Disponível em:<http://www.pewforum.org/files/2014/11/Religion-in-Latin-America-11-12-PM-full-PDF.pdf>. Acesso em 11 out. 2016).

[278] Jordi Díez afirma, nesse sentido, que o processo de formação histórica e cultural do continente resultaram no "entrincheiramento da heretonormatividade como um princípio organizacional da ordem social na América Latina" ("*entrenchment of heteronormativity as an organizing principle of the social order in Latin America*"; DÍEZ, Jordi. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*: Argentina, Chile, and Mexico. Nova York: Cambridge University Press, 2015, p. 37)

[279] Com efeito, Vaggione destaca que "juízes são importantes agentes interessados na perpetuação da marginalização de indivíduos LGBTQ. Com o argumento da defesa de menores de idade ou da família enquanto instituição social, decisões judiciais contribuem em grande escala para a institucionalização de um sistema cultural que constrói e naturaliza a heterossexualidade como a única possibilidade" ("*Judges are importante stakeholders in the continuity marginalizing LGBTQ individuals. With the argument of defense of minors or of the family as a social institution, judicial decisions contribute, to a large degree, to the institutionalizing of the cultural system that constructs and naturalizes heterosexuality as the only possibility*"; VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". *Op. Cit*. p. 239)

aos direitos LGBT, como, por exemplo, o Chile[280]. Por outro lado, paradoxalmente, a região tem estado na linha de frente da reforma legal a favor dos direitos LGBT[281], e um dos fatores para tal circunstância é justamente a judicialização da política, com o uso estratégico pelos movimentos LGBT nacionais das cortes para a promoção de suas agendas[282].

Com efeito, certa visão acadêmica tradicional das cortes latinoamericanas como atores políticos pusilânimes e pouco importantes, submetidos aos desmandos de um Executivo imperial, se torna cada vez mais uma imagem antiquada e descritivamente inadequada, na medida em que aquelas se converteram em instituições centrais na definição dos rumos dos países da região, definindo políticas outrora objeto de decisão exclusivamente por parte de presidentes e legisladores[283]. Podemos observar, portanto, que o processo de judicialização da política, conforme já destacado na introdução, está longe de ser uma "jabuticaba" brasileira, sendo relevante o seu estudo em países com os quais temos uma tradição histórica e cultural afim.

2.1. Estados Unidos

A noção de controle de constitucionalidade (*judicial review*) foi desenvolvida pioneiramente nos EUA de forma pretoriana[284], e o modelo americano guarda diferenças

---

[280] Assim, por exemplo, o Tribunal Constitucional chileno manteve a idade de consentimento para fins penais maior para atos sexuais homossexuais masculinos do que para atos sexuais heterossexuais (Rol nº 1683-2010) e manteve a conduta homossexual como causa para o divórcio culpável (Rol nº 2435-2013 e Rol nº 2681-2014). Com efeito, Jordi Díez, argumenta que, ao contrário do que ocorreu em outros países do continente, o movimento LGBT chileno não adotou de forma organizada a judicialização como uma estratégia política de promoção de seus direitos, tendo em vista "a percepção generalizada (e justificada) entre os ativistas gays de que o Judiciário chileno é conservador socialmente" ("*the generalized (and justified) perception among gay activists that Chile's judiciary is socially conservative*"; DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., p. 252).

[281] "Uma região muitas vezes descrita como 'devotamente católica' e *machista* viu, ao longo de um período de tempo relativamente breve, uma expansão sem precedentes dos direitos seuxais. Dada a percepção da cultura politica da região, a América Latina não parece, à primeira vista, ser um lugar propício para que essas mudanças avancem ("*A region often described as 'devoutly Catholic' and machista has seen, over a relatively short period of time, an unprecedented expansion of sexual rights. Given the region's perceived political culture, Latin America does not appear, at first glance, to be a propitious place in which these changes could transpire. But transpire they have: from the enactment of the world's most advanced gender*"; *ibidem,* p. 242).

[282] *Ibidem,* pp. 251-252.

[283] HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. "Introduction: Courts in Latin America". In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Eds.). *Courts in Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 2011, pp. 1 e 21.

[284] A prerrogativa do Judiciário de invalidar leis que estejam em desacordo com a Constituição não encontra previsão expressa no texto constitucional americano. Embora já houvesse sido defendida por Hamilton nos *Federalistas*, a ideia de que gozaria deste poder foi construída pela Suprema Corte no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803) como um artificio para deixar de proferir uma decisão politicamente sensível, entendendo que a lei que lhe dava competência para analisar o caso violava a Constituição. Sobre a decisão e o contexto histórico-político em que proferida, vide: ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: Harvard University Press, 2005, pp. 224 *et seq.*

relevantes em relação ao europeu-kelseniano. O sistema estadunidense é exclusivamente concreto, o que significa que as discussões acerca da conformidade de leis e políticas com a Constituição surgem somente no bojo de processos subjetivos, embora graças ao sistema de precedentes e *stare decisis* as interpretações constitucionais adotadas pela Suprema Corte vinculem os tribunais inferiores[285]. Em função desta sistemática, características específicas do caso concreto podem influenciar a decisão final acerca da constitucionalidade de uma lei para toda a coletividade, o que aumenta, por exemplo, a importância da seleção estratégica dos litigantes, conforme será abordado. Ademais, o sistema é difuso[286] e o acesso à Suprema Corte ocorre via de regra somente pela via recursal[287], normalmente após já ter transcorrido um longo debate nas instâncias inferiores sobre o tema em questão. Assim, ao contrário do que ocorre com sistemas de controle abstrato e concentrado em que o Tribunal Constitucional pode ser direta e imediatamente acessado, a Suprema Corte americana normalmente julga num ambiente decisório em que o impacto e as consequências, incluindo a possibilidade de resistências às decisões, já foram testados em menor escala pelos tribunais inferiores. Soma-se a isso o fato de que o tribunal dispõe de uma gama de mecanismos processuais para "não-decidir"[288] e ampla discricionariedade para selecionar que casos irá julgar (por meio da concessão do *writ of certiorari*) e assim montar a sua agenda[289], o que possibilita postergar debates constitucionais especialmente polêmicos e socialmente divisivos[290].

Uma questão importante em relação à Suprema Corte americana diz respeito à influência política na sua composição. O método de seleção dos membros do tribunal, chamados *Justices*, é idêntico ao brasileiro: uma vez surgida uma vaga, o Presidente indica um nome que é então

---

[285] STEPHENS JR, Otis H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law*. Vol. 1: sources of power and restraint. 4. ed. Estados Unidos: Thomson Wadsworth, 2008, p. 19.
[286] KOMMERS, Donald P.; FINN, John E.; JACOBSOHN, Gary J. *American Constitutional Law*: essays, cases, and comparative notes. Vol 1: governmental powers and democracy. 3. ed. Lanham: Rowman & Littlefield publishers, 2010, p. 26
[287] *Ibidem*, p. 15.
[288] Alexander Bickel chama estes mecanismos processuais que permitem protelar o debate e retirar a pressão da corte de "virtudes passivas". O autor advoga que, sempre que possível, a Suprema Corte deve evitar decidir, uma vez que os julgamentos do tribunal devem ser "excepcionais e limitados", reforçando entendimentos já consolidados, ao contrário do que ocorre com os demais órgãos judiciais, cuja função seria de resolução dos conflitos e pacificação social (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 173).
[289] KOMMERS, D. P.; FINN, J. E.; JACOBSOHN, G. J. *American Constitutional Law*. *Op. Cit.* pp. 18-20. Por outro lado, deve ser destacado que o STF, embora não detenha formalmente esta prerrogativa de decidir não julgar um caso, em razão da inafastabilidade da jurisdição, do ponto de vista prático o Tribunal e os Ministros individualmente possuem uma série de mecanismos para manipular a agenda decisória da corte, como por exemplo a liberdade do Presidente para pautar casos para o julgamento e a possibilidade de pedidos de vista com objetivo de obstar o desfecho de um julgamento. Sobre o uso do pedido de vista para controlar a agenda da Corte, vide ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. "O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político". In: Direito, Estado e Sociedade, n. 46, 2015, pp. 135 *et seq*.
[290] STEPHENS JR, O. H.; SCHEB II, J. M. *American Constitutional Law*. *Op. Cit.*, p. 21.

confirmado ou não pelo Senado[291]. Todavia, dado o caráter bipartidário do sistema político americano, os *Justices* costumam ficar mais marcadamente identificados com a posição do partido do Presidente que os indicou: indicados por Democratas seriam liberais, e indicados por Republicanos seriam conservadores. Com efeito, desde a ascensão de Ronald Reagan e da *New Right* religiosa ao poder em 1981, o Partido Republicano vem promovendo uma explicita tentativa de produzir uma corte mais conservadora, a fim de reverter julgamentos como *Roe v. Wade* (1973), que reconheceu o direito ao aborto, e evitar o avanço das pautas liberais junto ao tribunal[292]. Neste sentido, a indicação em 1986 do *Justice* Scalia, recentemente falecido, conhecido por suas posições extremamente conservadoras e considerado um dos principais opositores dos direitos LGBT no Judiciário americano[293]. Diante deste quadro sombrio, o movimento LGBT americano foi historicamente reticente em recorrer à Suprema Corte, estratégia considerada, no mínimo, arriscada, diante da possibilidade de um julgamento negativo.

Por outro lado, dada a arquitetura do federalismo estadunidense, em que os entes federados dispõem de expressivas competências legislativas, boa parte da disputa em torno dos direitos LGBT acontece em nível estadual, inclusive por meio da litigância junto aos tribunais locais e envolvendo o direito constitucional estadual[294]. Ademais, as cortes de determinados Estados historicamente foram mais abertas aos direitos de minorias sexuais do que a Suprema Corte, o que fez com que estrategicamente o movimento se voltasse preferencialmente à jurisdição estadual e não à federal[295]. O exame circunstanciado desta miríade de casos escaparia em muito do objeto de análise do presente estudo, de tal forma que a referência a decisões locais

---

[291] Embora a sistemática seja a mesma no Brasil e nos EUA, o escrutínio realizado pelo Senado é historicamente muito mais intenso no caso americano: desde a criação do tribunal, 11 indicações foram rejeitadas pelo Senado, embora apenas três vezes no séc. XX. Ademais, outros candidatos à Suprema Corte tiveram seus nomes substituídos diante da resistência sofrida e previsão de que poderiam terminar rejeitados.

[292] STEPHENS JR, O. H.; SCHEB II, J. M. *American Constitutional Law*. *Op. Cit*, p. 45; BARROSO, Luís Roberto. "A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo". In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*: UniBrasil, v. 2, n. 9, 2008, pp. 287 *et seq*.

[293] Outros episódios centrais desse processo envolveram a tentativa de indicação de juízes tão conservadores que terminaram rejeitados pelo Senado, como Robert Bork, indicado em 1987 pelo Presidente Reagan, ou de duvidosas credenciais jurídicas para ocupar o posto, se baseando a indicação meramente no alinhamento ideológico, como ocorreu com Harriet Miers, nome apontado por George Bush em 2005 e posteriormente retirado após a repercussão negativa no seio do próprio Partido Republicano. Ademais, o *Justice* Clarence Thomas, nomeado por George H. Bush em 1991, e Samuel Alito, apontado por George Bush em substituição ao nome de Harriet Miers, foram aprovados pelo Senado por margens historicamente baixas em razão de suas posições extremamente conservadoras, bem como, em relação ao primeiro, de denúncias de assédio sexual.

[294] Thomas Keck argumenta que esta fragmentação institucional dos "campos de batalha" teria retardado o progresso em torno dos direitos LGBT nos EUA, contribuindo para um padrão complexo de avanços e retrocessos (KECK, Thomas M. "Beyond backlash: assessing the impact of judicial decisions on LGBT rights". In: *Law & Society Review*, v. 43, n. 1, 2009, pp. 156-157).

[295] NEJAIME, Douglas. "The legal mobilization dilemma". In: *Emory Law Journal*, v. 61, 2012, pp. 678-683.

será apenas eventual, quando em razão do seu caráter pioneiro tiveram influência na mobilização do movimento LGBT americano e indicaram nova tendências à Suprema Corte.

Pelo mesmo motivo, a presente seção focará no tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Embora muitas outras questões e demandas tenham sido – e continuem sendo – objeto de judicialização pelo movimento LGBT estadunidense, nenhuma contou com o mesmo grau de mobilização ou teve tamanha repercussão. Ademais, dado o *timing* particular da Suprema Corte, a maioria destes temas ainda não foi objeto de consideração pelo tribunal.

A primeira vez que a Suprema Corte americana se viu às voltas com o casamento gay foi em 1972, ainda na aurora do movimento homossexual organizado e num momento em que a mera ideia do reconhecimento formal pelo Estado das uniões entre pessoas do mesmo sexo parecia absurda. No caso *Baker v. Nelson* a mais alta corte dos EUA manteve a decisão da Suprema Corte do Minnesota, que negou o pedido de casamento de dois homens, recusando-se a analisar o mérito da demanda diante da falta de "questões federais substanciais"[296].

Por outro lado, neste primeiro momento pós-Stonewall, a busca pelo casamento passava longe de ser uma prioridade para o movimento. O foco do ativismo e da litigância estava em diminuir a regulação do Estado sobre a vivência homossexual, e não em aumentá-la[297]. Com efeito, a primeira decisão de mérito da Suprema Corte americana sobre direitos LGBT, teve por objeto a constitucionalidade da criminalização da sodomia. Ao contrário do ocorrido no Brasil, onde as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo deixaram de ser formalmente crime ainda no séc. XIX, nos EUA tal situação perdurou em alguns Estados até o início dos anos 2000. Embora em 1962, o *American Law Institute* tenha publicado o influente "Código Penal Modelo", que implicitamente descriminalizava a sodomia ao omiti-la e viria a ser progressivamente adotado por muitos Estados nos anos seguintes[298], na época da decisão cerca de metade dos Estados ainda previam punição criminal para a prática. Estas leis eram utilizadas para justificar outras formas de discriminação, de tal forma que o movimento organizado tornou prioridade naquele momento a sua reversão. Por este motivo, e diante de vitórias em alguns

[296] ESKRIDGE, William N. "The marriage equality cases and constitutional theory". In*: Cato Supreme Court Review 2014-2015,* 2015, pp. 124-125; WATTS, Tom. "From *Windsor* to *Obergefell*: the struggle for marriage equality continued". In: *Harvard Law & Policy Review*, v. 9, 2015, p. 62. No início dos anos 1970, militantes homossexuais solicitaram licenças para se casar junto ao poder público e, após a negativa, alguns judicializaram o tema. O objetivo principal destes processos foi mais o de denunciar a discriminação vivida por pessoas homossexuais e as limitações inerentes do casamento tradicional do que o de efetivamente conseguir o casamento, dado o absurdo do pleito naquele momento.

[297] GOLDBERG, Suzanne B. "Obergefell at the intersection of civil rights and social movements". In: *California Law Review Circuit,* v. 6, 2015, pp. 159-160.

[298] HUNTER, N. D. "Discrimination on the basis of sexual orientation". *Op. Cit.*, p. 116.

Judiciários estaduais e dos precedentes da Suprema Corte acerca do direito à privacidade[299], grupos do movimento organizado decidiram levar o caso à Suprema Corte em 1983[300].

Todavia, a resposta da Corte 1986 na decisão *Bowers v. Hardwick* seria um verdadeiro balde de água fria nas pretensões do movimento. Em uma apertada decisão de 5 a 4, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da lei de sodomia da Geórgia, declarando que a Constituição não previa "um direito fundamental à sodomia homossexual". A decisão se insere no contexto de retrocesso da cidadania LGBT dos EUA dos anos 80, marcado pela ascensão do conservadorismo religioso da nova-direita de Reagan, que viria a ter impactos duradouros na composição da Suprema Corte; e a crise da AIDS, que diminuiu sensivelmente o apoio aos direitos dos homossexuais na sociedade americana[301].

O julgamento teve consequências profundas, freando a onda de reversão das leis de sodomia – entre 1986 e 1991 nenhum Estado modificou sua legislação para permitir a prática homossexual[302] –; e servindo de justificativa para os demais tribunais chancelarem toda a sorte de medida discriminatória[303]. Por outro lado, a revolta com a decisão, juntamente com a AIDS[304], teve um impacto importante na mobilização e profissionalização do movimento LGBT estadunidense, além de aumentar a saliência do tema dos direitos dos homossexuais[305].

No início dos anos 90, apesar da resistência de alguns setores mais radicais que encaravam o pleito como assimilacionista, a discussão sobre a demanda pelo casamento começou a ganhar corpo no movimento organizado, muito em função dos efeitos devastadores da crise da AIDS, que mostrou a oportunidade de maior segurança jurídica das parcerias entre pessoas do mesmo sexo em questões como direito à moradia e visitação hospitalar[306]. Assim, em dezembro de 1990, três casais homossexuais no Estado do Havaí ajuizaram ações na justiça estadual após a negativa de celebração de seus casamentos. As ações foram movidas apesar da

---

[299] Dentre estes, o mais importante era *Griswold v. Connecticut* (1965), em que a Corte entendeu que violava o direito constitucional à privacidade uma lei que impedia casais de fazerem uso de métodos contraceptivos
[300] KLARMAN, Michael J. *From the Closet to the Altar*: Courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 36.
[301] *Ibidem*, pp. 31-36.
[302] *Ibidem*, pp. 37-38
[303] LEACHMAN, Gwendolyn M. "From protest to *Perry*: how litigation shaped the LGBT movement's agenda". In: *University of California, Davis*, v. 47, 2014, pp. 1668-1669.
[304] Destaca-se a atuação do escritor e ativista Larry Kramer, fundador de duas entidades importantes de combate à AIDS, a *Gay Men's Health Crisis* e o *Act Up*, conhecido pelo seu estilo raivoso e combativo, que organizou uma bem sucedida campanha de protestos que forçou o Governo Federal a rever os protocolos de testagem de novas drogas, diminuindo o tempo necessário para liberação de medicamentos antirretrovirais.
[305] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, pp. 38-39
[306] *Ibidem*, pp. 48-49.

posição contrária do movimento organizado, que entendia prematura a judicialização do tema, temendo que uma decisão desfavorável pudesse ser prejudicial a outras demandas[307].

Surpreendentemente, quando o caso eventualmente chegou à Suprema Corte do Havaí, o tribunal, em *Baehr v. Lewin*, julgado em 1993, entendeu que restringir o casamento à casais formados por um homem e uma mulher era uma classificação em razão do sexo, determinando que o poder público demonstrasse junto à instância inferior (*trial court*) a existência de um "interesse premente" ("*compelling interest*") apto a justificá-la[308]. A expectativa era de que após o retorno do caso, a Suprema Corte do Havaí julgaria favoravelmente aos direitos LGBT[309], o que poderia ter consequências nacionais uma vez que a maioria dos Estados reconhecem casamentos realizados legalmente em outro Estado.

Esta perspectiva gerou um intenso *backlash*; a partir da segunda metade dos anos 90, as legislaturas estaduais passaram a editar leis e emendas às Constituições Estaduais de "defesa do casamento" (*"defense-of-marriage acts*"), prevendo vedações expressas ao casamento homossexual e o não reconhecimento daqueles realizados em outros Estados. Em 2006, nada menos que 45 Estados haviam adotado uma lei ou emenda constitucional de proteção do casamento, em alguns casos ambas[310].

A discussão também alcançou o Legislativo federal: em 1996 foi introduzida no Senado a proposta de um ato federal de "defesa do casamento", o DOMA. A lei previa que nenhum Estado estava obrigado a reconhecer uma lei ou decisão judicial de outro Estado que reconhecesse o casamento entre pessoas do mesmo sexo e, pela primeira vez, produziu uma definição federal de casamento, negando benefícios do governo federal a casais do mesmo sexo, mesmo casados legalmente de acordo com as leis de seus Estados, em temas como seguridade social, direitos de imigração e benefícios tributários. Dado o controle de ambas as casas do Legislativo federal naquele momento pelo Partido Republicano, o DOMA foi aprovado sem dificuldades[311].

Em dezembro de 1996, o juiz Kevin Chang do Judiciário estadual do Havaí, cumprindo a determinação da Suprema Corte local, e após escutar diversos especialistas, concluiu que o Estado não possuía um "interesse premente" apto a justificar a restrição, reconhecendo então o direito ao casamento homossexual no Havaí. Todavia, o juiz suspendeu os efeitos da decisão

---

[307] ESKRIDGE, William N. "Backlash politics: how constitutional litigation has advanced marriage equality in the United States". In: *Boston University Law Review*, v. 93, 2013, p. 283.
[308] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.* pp. 55-56.
[309] ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. *Op. Cit.*, p. 339.
[310] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit,* p. 287.
[311] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*, pp. 61-62

até a manifestação final da Suprema Corte estadual. A aprovação em 1998 de uma emenda constitucional de "defesa do casamento", ratificada em votação popular por 69.2% a 28.6%, entretanto, forçou a Suprema Corte estadual a concluir que o pedido não tinha mais base jurídica, extinguindo o processo[312].

Neste sentido, apesar do otimismo em torno do uso do judiciário, a aparente vitória alcançada no Havaí provou-se efêmera; segundo Rosenberg, o movimento LGBT local simplesmente não estava preparado para defender a decisão e resistir a intensa oposição ao julgamento[313]. Com efeito, os litigantes, que não contavam com apoio da militância, realizaram pouco esforço extraprocessual para defender o casamento homossexual, antes ou depois do julgamento, o que transformou a agressiva reação à decisão local num monólogo conservador[314].

A reação à mera perspectiva do casamento levantada pelo julgamento no Havaí – bem como a torrente de atos "defesa do casamento" que lhe seguiram – se deve em parte a um empreendedorismo político do Partido Republicano, com olho principalmente na eleição presidencial de 1996[315]. Neste sentido, é simbólico como contrarreação que o então Presidente Democrata Clinton não tenha vetado o DOMA, quando aprovado[316].

Apesar desses revezes, neste mesmo período a Suprema Corte proferiu a sua primeira decisão favorável aos direitos homossexuais, e a apenas a segunda sobre o tema. No início dos anos 90, algumas cidades do liberal Estado do Colorado aprovaram regulamentos ("*ordinances"*) visando combater a discriminação em razão da orientação sexual. Opositores propuseram uma emenda à Constituição Estadual que proibia as municipalidades de aprovarem medidas desta natureza, alegando que se tratavam de "direitos especiais" para homossexuais.

---

[312] *Ibidem*, pp. 64-66. A mesma dinâmica ocorreu simultaneamente no Alaska, embora o caso tenha recebido menos atenção nacional. Um casal gay teve o pedido de casamento deferido em 1ª instância pelo Judiciário local e, diante da reputação liberal da Suprema Corte estadual, a expectativa era de que a decisão fosse confirmada. Todavia, apesar de processo relativamente difícil de reforma constitucional, que envolvia aprovação por maioria qualificada em ambas as casas legislativas estaduais e posterior referendo popular, foi aprovada uma "emenda de defesa do casamento" à Constituição Estadual do Alaska, o que congelou os planos dos litigantes no Estado (*Ibidem*, pp. 66-68).

[313] ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. *Op. Cit.*, pp. 343-344.

[314] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, pp. 283-284.

[315] A efetividade eleitoral do uso do tema fez com que Klarman chama-se a litigância em prol do casamento gay como um "presente de Deus para os conservadores religiosos e Republicanos" ("*a godsend to religious conservatives and Republicans*"; KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*,, p, 183).

[316] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, p. 298. O histórico do presidente Clinton no tema dos direitos LGBT é controverso; uma das suas principais promessas de campanha no 1º mandato envolvia a possibilidade de homossexuais servirem abertamente no exército. Tal proposta, entretanto, se deparou com uma resistência inesperada. A solução conciliatória adotada em 1993 foi a polêmica política "*Don't Ask, Don't Tell*" ("não pergunte, não conte"), que permitia a homossexuais se alistar e servir desde que não expusessem sua sexualidade.

Submetida ao referendo popular, a emenda foi aprovada por uma pequena margem em 1992, mas veio a ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte do Colorado dois anos depois[317].

A questão eventualmente chegou à Suprema Corte que proferiu em 1996 a decisão *Romer v. Evans*, confirmando o entendimento da Suprema Corte do Colorado e afirmando que a emenda não tinha qualquer relação racional com um objetivo governamental legítimo e era movida por um *animus* discriminatório[318]. A decisão foi importante uma vez que referendos para prevenir ou reverter leis anti-discriminatórias em razão da orientação sexual eram realizados desde os anos 1970, e estavam voltando a ganhar força com a discussão sobre o casamento homossexual. Neste sentido, a decisão teve o papel fundamental de estancar a reversão da legislação que visava proteger cidadãos homossexuais da discriminação no ambiente de trabalho ou no acesso a políticas de moradia[319] [320].

O fracasso no Havaí teve efeitos contraditórios; apesar da derrota, o caso, mais do que apenas aumentar a sua visibilidade, tornou o casamento concebível pela primeira vez para muitos homossexuais americanos, o que teve papel fundamental na mobilização do movimento. Do mesmo modo, a aprovação do DOMA, ao retirar a proteção federal ao casamento homossexual num momento em que o mesmo não existia em nenhum Estado, paradoxalmente reforçou que a demanda estava no horizonte do possível[321].

Neste sentido, o seguimento da guerra pelo casamento gay nos EUA era inevitável, sendo duvidoso apenas em qual palco a próxima batalha ocorreria. Tal papel coube a Vermont; um despovoado e pequeno Estado da Nova Inglaterra, cujo Judiciário tinha um histórico de proteção dos direitos homossexuais e a Constituição Estadual regras mais rigorosas para a sua alteração, o que dificultaria a aprovação de uma eventual emenda de "defesa do casamento"[322]. A ação foi cautelosamente planejada pelo movimento local, que organizou uma campanha

---

[317] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*, pp. 68-69.

[318] O *Justice* Scalia redigiu virulento voto dissidente no qual argumenta que a emenda não era movida por intento discriminatório, mas por uma "tentativa modesta de coloradenses aparentemente tolerantes de preservar mores sexuais tradicionais contra os esforços de uma minoria politicamente poderosa de revisão destes mores pelo uso das leis" ("*a modest attempt by seemingly tolerant Coloradans to preserve traditional sexual mores against the efforts of a politically powerful minority to revise those mores through use of the laws*"). Segundo Scalia, ainda, "o povo do Colorado adotou uma medida inteiramente razoável que sequer desfavorece homossexuais em qualquer sentido substancial, mas meramente lhes nega tratamento preferencial" ("*The people of Colorado have adopted an entirely reasonable provision which does not even disfavor homosexuals in any substantive sense, but merely denies them preferential treatment*").

[319] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*, pp. 69-70.

[320] Por outro lado, pouco tempo depois, em 2000, a Suprema Corte proferiu uma decisão contrária aos direitos homossexuais, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*, em que a maioria dos *Justices* entendeu que associações privadas tinham o direito de excluir de seus quadros membros que de alguma maneira afetassem os princípios defendidos pela entidade, entendendo legitima a expulsão de um escoteiro em razão de sua homossexualidade.

[321] GOLDBERG, S. B. "Obergefell at the intersection of civil rights and social movements". *Op. Cit.* p. 162.

[322] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*, p. 75.

prévia de conscientização sobre o tema, visando defender uma eventual decisão favorável, após as lições aprendidas em *Baehr*[323].

Assim, após terem o pedido de casamento negado, três casais homoafetivos vermonteses questionaram judicialmente a restrição. O caso chegou à Suprema Corte de Vermont que, em dezembro de 1999, proferiu a histórica decisão *State v. Baker*, entendendo que a restrição dos benefícios do direito de família a casais do mesmo sexo representava uma violação à Constituição Estadual. Todavia, ao invés de determinar de imediato a realização de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, os juízes decidiram conceder a legislatura um "período de tempo razoável" para reformar a legislação de direito de família estadual.

Em atendimento à decisão, o legislativo estadual aprovou no primeiro semestre de 2000 uma lei reconhecendo a "união civil" para casais do mesmo sexo. Embora o movimento tivesse preferido a extensão do casamento, politicamente mais polêmica, o resultado foi uma importante vitória, uma vez que o novo instituto representava um regime jurídico de proteção sem precedente para casais do mesmo sexo[324].

Embora neste momento o debate acerca do casamento homossexual representasse um tópico de alta sensibilidade política e fosse amplamente rejeitado pela opinião pública, a criminalização da sodomia – sufragada pela Suprema Corte em 1986 – era cada vez menos popular[325]. Após a ressaca da derrota em *Bowers*, o movimento passou a recorrer aos Legislativos e Judiciários estaduais ao longo dos anos 90 para revogar as leis que criminalizavam as práticas entre pessoas do mesmo sexo. Como resultado, em 2003 apenas 13 Estados mantinham práticas homossexuais formalmente como crimes, a maioria no conservador Sul, embora tais leis fossem raramente aplicadas na prática[326]. Após um destes casos atípicos de aplicação da lei de sodomia ocorrido no Texas – um dos Estados recalcitrantes –, um homem que havia sido flagrado cometendo atos homossexuais acabou processado e condenado, e o caso foi a julgamento pela Suprema Corte.

Assim, em 2003, em *Lawrence vs. Texas*, a Suprema Corte reverteu, por 6 votos a 3, o seu precedente de menos de vinte anos de idade, para declarar a lei de sodomia texana inconstitucional, resultando na invalidação de todas as leis remanescentes que criminalizavam

---

[323] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, p. 285.
[324] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*., p. 77. Por outro lado, Rosenberg advoga que a decisão mais moderada, evitando impor o casamento, questão sensível, e conferindo ao legislativo a palavra final, reduziu largamente os custos políticos associados ao julgamento, o que pode ter sido fundamental para arrefecer a resistência às uniões civis (ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. *Op. Cit*, pp. 346-347.
[325] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*., p. 86
[326] *Ibidem*, p. 85

a sodomia[327]. O julgamento foi em certa medida surpreendente, em razão da sólida maioria republica na Suprema Corte; segundo Friedman, a explicação dada pela direita conservadora para o julgamento foi a "captura" do Tribunal pela "opinião da elite intelectual"[328]. Para o autor, entretanto, a decisão estava muito mais em sintonia com os mores americanos da época e a opinião pública do que as posições dos seus críticos[329].

Embora a punição de atos sexuais praticados com consentimento entre adultos na privacidade de seus lares fosse naquele momento desaprovada pela esmagadora maioria do público americano, de tal maneira que a decisão normalmente traria pouco risco de reações apaixonadas, o fato de ter sido proferida no meio do debate acerca do direito ao casamento homossexual e pouco depois da aprovação da união civil em Vermont, provocou a ira da direita conservadora, com políticos republicanos denunciando o "ativismo judicial" dos *Justices*. A decisão, entretanto, fez questão de ressaltar que não representava qualquer aceno quanto ao status constitucional do tema do casamento entre pessoas do mesmo[330]. Por outro lado, a decisão teve o papel simbólico importante de modificar um quadro em que os homossexuais estavam "fora da lei" ("*outlaws*") para um no qual estivessem "dentro da lei" (*"inlaws*"), o que trouxe maior legitimidade para as suas demandas por direitos[331].

Apenas cinco meses após a decisão de *Lawrence*, o novo capítulo da epopeia sobre o casamento homossexual nos EUA teria lugar em Massachusetts, outro Estado liberal da Nova Inglaterra, e um dos poucos incólumes à febre de emendas de "defesa do casamento" que varreu o país nos anos 90 e início dos anos 2000[332]. Em novembro de 2003, a Suprema Corte de Massachusetts proferiu a decisão no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, por uma

---

[327] Novamente, o *Justice* Scalia foi responsável por um voto dissidente em que ataca ferinamente a atuação da Suprema Corte na proteção das pessoas homossexuais: "o julgamento de hoje é o produto de uma Corte, que é produto de uma cultura jurídica, que tem largamente subscrito à chamada agenda homossexual, isto é, a agenda promovida por alguns ativistas homossexuais dirigida a eliminar o opróbrio moral tradicionalmente associado à conduta homossexual [...] A Corte tomou partido na guerra cultural, se distanciando do seu papel de assegurar, como observador neutro, que as regras do jogo democrático sejam observadas" ("*Today's opinion is the product of a Court, which is the product of a law-profession culture, that has largely signed on to the so-called homosexual agenda, by which I mean the agenda promoted by some homosexual activists directed at eliminating the moral opprobrium that has traditionally attached to homosexual conduct* […] *The Court has taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed*").

[328] FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution. Nova York: Garrar, Strauss and Giroux, 2009, pp. 338-339.

[329] *Ibidem*, pp. 360-361.

[330] Assim, a opinião da Corte, escrita pelo *Justice* Kennedy, destacou: "o presente caso não trata [...] da necessidade de o governo dar reconhecimento formal a qualquer relacionamento que pessoas homossexuais estejam envolvidas" ("*The present case does not involve* […] *whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*").

[331] ESKRIDGE, W. N. "The marriage equality cases and constitutional theory". *Op. Cit.*, p. 128

[332] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit*., p. 89

margem apertada de 4 a 3, declarando inconstitucional a restrição do casamento a casais heterossexuais. O tribunal, entretanto, atrasou a implementação da decisão por 180 dias para que os legisladores pudessem "tomar as ações apropriadas"[333].

Em resposta, o Senado Estadual formulou rapidamente um projeto de lei regulamentando "uniões civis homossexuais" e encaminhou para a Suprema Corte estadual para consulta. Em fevereiro de 2004, o Tribunal respondeu aduzindo que as "uniões civis" relegavam gays e lésbicas ao status de cidadãos de segunda classe, para determinar que Massachusetts passasse a casar pessoas do mesmo sexo em maio[334], tornando-o um dos poucos locais no mundo onde isto era possível[335].

Apesar de a direita religiosa ter ensaiado alguma resistência à decisão, capitaneada pelo então Governador Republicano Mitt Romney, que visava construir uma imagem mais conservadora para garantir a nomeação presidencial do partido em 2008, as tentativas de revertê-la e de aprovar uma emenda estadual de "defesa do casamento" fracassaram[336]. Ademais, a aprovação popular ao casamento entre pessoas do mesmo sexo cresceu rapidamente no Estado nos anos seguintes à decisão[337].

Por outro lado, se à decisão se seguiu reduzido *backlash* no âmbito estadual, no resto dos EUA os seus efeitos foram dramáticos. O então Presidente Bush, que concorria à reeleição em novembro, defendeu a adoção de uma emenda à Constituição Americana para restringir o casamento a casais de sexo diferente[338]. A oposição ao casamento homossexual, então posição mais popular entre o eleitorado, provou-se politicamente muito lucrativa ao Partido Republicano; a inclusão de referendos sobre leis e emendas de "defesa ao casamento" durante a votação presidencial de 2004 garantiram números recordes de participação de setores conservadores e religiosos em Estados decisivos na eleição presidencial[339].

Em que pese a feroz resistência ao casamento homossexual – e os dividendos políticos gerados – as pesquisas de opinião pública demonstravam um crescimento estável do seu apoio

---

[333] *Ibidem*, pp. 90-91.
[334] *Ibidem*, pp. 91-92.
[335] Naquele momento o casamento era possível apenas na Holanda, na Bélgica e nas províncias canadenses de Ontário, Colúmbia Britânica e Québec.
[336] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, pp. 302-303.
[337] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, pp. 91 *et seq*
[338] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, pp. 286-287. A proposta levou o prefeito de São Francisco a determinar que a municipalidade começasse a expedir licenças de casamento para casais do mesmo sexo. Embora tenha tido pouco efeito jurídico – as licenças e casamentos foram declarados nulos em pouco tempo pelo judiciário local –, a medida foi uma resposta simbólica dos casais de homens e mulheres que se casaram na cidade em 2004 (SIEGEL, R. "Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change". *Op. Cit.*, pp. 1415-1416)
[339] ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. *Op. Cit.*, pp. 369 *et seq.*; KECK, T. M. "Beyond backlash". *Op. Cit.* p. 163.

popular. Assim, em alguns Estados as próprias legislaturas passaram a aprovar leis prevendo regimes jurídicos mais ou menos extensos que garantiam direitos aos casais homossexuais: Oregon, Washington, Nova Jérsei e New Hampshire, em 2007; Nevada, Colorado e Wisconsin, em 2009; e Havaí, Delaware, Illinois e Rhode Island, em 2011. Em 2009, Vermont foi o primeiro Estado a aprovar o casamento gay pela via legislativa, após nove anos de uniões civis, seguido por New Hampshire e Maine, no mesmo ano, pelo Distrito de Colúmbia, em 2010; e por Nova York, em 2011. No mesmo período, o casamento foi reconhecido pelas Supremas Cortes de Connecticut, em 2008[340]; e de Iowa, em 2009[341]. As vitórias, entretanto, desencadearam esperada reação; em Maine, poucos meses depois de o legislativo aprová-lo, o casamento homossexual foi rejeitado em consulta popular no Estado[342], enquanto em Iowa, três *Justices* da Suprema Corte estadual que haviam votado a favor do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo acabaram não reconduzidos ao cargo na eleição de 2010[343].

Nenhum Estado, porém, tem uma história tão complexa e cheia de idas e vindas no tema quanto a Califórnia. Desde 2003 o mais populoso dos Estados americanos garantia aos casais do mesmo sexo parte dos direitos do casamento graças a uma lei de "parcerias domésticas". O Legislativo estadual, então controlado pelos democratas, inclusive havia aprovado por duas vezes leis garantindo o casamento gay ainda em 2005 e depois em 2007, mas ambas acabaram vetadas pelo Governador Republicano Arnold Schwarzenegger[344]. Com o esgotamento da arena legislativa, o movimento californiano decidiu recorrer as cortes. A mudança de estratégia era arriscada, na medida em que a Constituição da Califórnia é relativamente simples de ser reformada, o que significa que uma eventual decisão favorável podia ser facilmente revertida[345]. Ademais, a Suprema Corte californiana era encarada como moderadamente conservadora e dominada por republicanos[346].

Em maio de 2008, entretanto, a Suprema Corte californiana, em uma decisão apertada de 4 a 3, julgou a favor do casamento gay, determinando que a decisão deveria produzir efeitos em 30 dias. Assim, a partir de junho de 2008 o casamento entre pessoas do mesmo sexo se

---

[340] Em 2005, o Legislativo estadual de Connecticut já havia adotado uma lei de "união civil".
[341] Por outro lado, os esforços para garantir judicialmente o casamento homossexual fracassaram em Estados razoavelmente progressistas como Nova York, Washington e Nova Jérsei, em 2006; e Maryland, em 2007 (ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, p. 287)
[342] Um novo plebiscito, por outro lado, iria reverter este resultado em 2012 (*Ibidem*, p. 291)
[343] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. 153.
[344] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics"., p. 306.
[345] *Ibidem*, p. 289.
[346] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. 120.

tornou possível no Estado, e dezoito mil casais homossexuais se casariam nos meses seguintes[347]. A vitória, entretanto, duraria pouco tempo.

Opositores do casamento gay propuseram um referendo para emendar a Constituição Estadual e incluir a previsão expressa de que o casamento na Califórnia seria exclusivamente entre homem e mulher, medida que ficou conhecida como *Proposition8*. A campanha entorno da *Proposition8* foi acirrada, com ativistas e financiadores dos EUA inteiro envolvidos; com efeito, trata-se do mais caro plebiscito da história americana, tendo os dois lados somados gasto cerca de 85 milhões de dólares na campanha[348]. A votação ocorreu em novembro daquele ano, conjuntamente com a eleição presidencial, e o referendo acabou sendo aprovado por 52% a 48%, incluindo, portanto, a emenda de "defesa do casamento" na Constituição da Califórnia.

Imediatamente o resultado da *Proposition8* foi atacado judicialmente; o movimento organizado, temendo um desfecho negativo na Suprema Corte, questionou a medida em bases exclusivamente estaduais. A Suprema Corte da Califórnia, entretanto, manteve a emenda em 2009, apenas restringindo seus efeitos para manter a validade dos casamentos homossexuais celebrados antes da sua adoção[349].

Simultaneamente, dois prestigiados advogados, David Boies e Ted Olson, decidiram questionar a *Proposition8* junto à justiça federal. Os dois ficaram nacionalmente conhecidos por terem trabalhado – em lados opostos – num dos mais famosos casos da Suprema Corte, *Bush v. Gore*, que decidiu o desfecho da eleição presidencial de 2000[350]. A atuação conjunta, portanto, passava uma clara mensagem de bipartidarismo em torno do tema do casamento homossexual. Os dois trabalharam à revelia do movimento organizado, que temia que um precedente desfavorável na Suprema Corte pudesse atrasar a luta pelo casamento entre pessoas do mesmo sexo por anos[351].

---

[347] ESKRIDGE, William N. "The California Proposition 8 Case: what is a Constitution for". In: *California Law Review*, v. 98, 2010, pp. 1236.

[348] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. 122

[349] ESKRIDGE, W. N. "The California Proposition 8 Case". *Op. Cit.* pp. 1238. A linha de argumentação desenvolvida pelos autores da ação dizia respeito ao complexo sistema de reforma da Constituição da Califórnia, que prevê três mecanismos para a sua revisão formal: o processo de emenda, que requer apenas a aprovação votação popular em votação majoritária; o processo de revisão, reservado para mudanças constitucionais mais importantes, que requer envolvimento tanto do eleitorado, quanto do Legislativo; e a convenção constitucional, para a elaboração de uma nova carta. Embora a *Proposition8* tenha atendido os requisitos mais simples do processo de emenda, os autores da ação defendiam que a alteração promovida era suficientemente relevante para requerer o mecanismo mais complexo da revisão. Não foi, entretanto, o entendimento que prevaleceu no Judiciário californiano (*Ibidem*, pp. 1236-1238)

[350] CUNNINGHAM-PARMETER, Keith. "Marriage equality, workplace inequality: the next gay rights battle". In: *Florida Law Review*, v. 67, 2015, p. 1108.

[351] NEJAIME, D. "The legal mobilization dilemma". *Op. Cit.*, pp. 664.

Por outro lado, indicando a mudança de mores na Califórnia, representantes do Estado decidiram não defender a lei judicialmente, o que motivou a admissão pelo Juiz Federal Vaughn Walker de apoiadores da *Proposition8* da sociedade civil para contraditar a ação. Finalmente, em 2010, o Juiz Walker decidiu que a vedação ao casamento homossexual era inconstitucional, proferindo a primeira decisão da justiça federal favorável ao pleito[352].

Os defensores da *Proposition8* recorreram, então, ao Nono Circuito Federal (2ª instância da Justiça Federal), que após algum debate sobre se estes tinham legitimidade para figurar no processo ("*legal standing"*), decidiu positivamente a questão e enfrentou o mérito. A decisão do Juiz Walker foi mantida em julgamento realizado em 2012, embora em termos mais restritos; os Juízes não afirmaram que o casamento homossexual era uma exigência constitucional, mas entenderam que a *Proposition8* era movida com exclusivo *animus* discriminatório, anulando-a e reestabelecendo o *status quo ante*.

Finalmente, o caso foi alçado à Suprema Corte, que, em junho de 2013, por meio de uma maioria heterogênea de *Justices*, composta pelos conservadores *Chief-Justice* Roberts e Scalia e os liberais Ginsburg, Breyer e Kagan, proferiu a decisão *Hollingsworth v. Perry*, em que entendeu que os recorrentes contrários ao casamento homossexual não tinham legitimidade processual, deixando de analisar a questão no mérito[353]. Por este motivo, o Tribunal reverteu também a decisão anterior do Nono Circuito, e o julgamento que acabou prevalecendo ao final foi o da 1ª instância. Ao fim e ao cabo, o casamento homossexual havia sido reestabelecido na Califórnia após 5 anos.

Todavia, no mesmo dia a Suprema Corte iria proferir outra decisão muito mais abrangente sobre tema, cujo objeto era a limitação para fins federais do casamento como uma união ente homem e mulher prevista no DOMA, lei cada vez menos popular[354]. No julgamento de *United States v. Windsor*, a Suprema Corte por uma maioria apertada de 5 votos decidiu que o DOMA era inconstitucional. O voto vencedor, escrito pelo *Justice* Kennedy, envolve duas séries de argumentos, com consequências muito distintas para os Estados. A primeira tem por base a ideia de federalismo e pugnava que o Governo Federal não poderia negar reconhecimento a um casamento validamente celebrado de acordo com as leis de um dado Estado; de acordo com esta inteligência, entretanto, os Estados não estariam obrigados a reconhecer o casamento

---

[352] WATTS, T. "From Windsor to Obergefell". *Op. Cit.*, p. 55.

[353] Os *Justices* que restaram vencidos argumentaram que os recorrentes detinham interesse recursal, mas não chegaram a adentrar o mérito da questão (ESKRIDGE, W. N. "The marriage equality cases and constitutional theory". *Op. Cit.*, p. 129).

[354] Assim, no início de 2011, o governo Obama anunciou que pararia de defender judicialmente o DOMA, embora fosse obrigado a aplica-lo até sua eventual reversão, o que colocou a lei em uma situação precária.

entre pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, uma segunda parte do voto se baseou em argumentos relacionados ao devido processo legal e igual proteção das leis, o que tornou a constitucionalidade – e a vida futura, portanto – dos atos e leis estaduais de "defesa do casamento" duvidosa[355].

Estas duas decisões demonstram um avançar cauteloso da Suprema Corte no tema do casamento homossexual; no mesmo dia em que declarou inconstitucional o DOMA, ato federal de "defesa do casamento", deixou "para outro dia" a questão dos atos estaduais afins[356]. Com efeito, segundo Eskridge, *Perry* é um bom exemplo do emprego pela Corte da ideia de "virtudes passivas" desenvolvida por Alexander Bickel para retratar os mecanismos processuais de que dispõe a Corte para "evitar decidir", postergando o pronunciamento sobre um determinado tópico[357]. Considerando a adoção de uma solução "ousada" quanto ao DOMA, parece plausível que os *Justices* possam ter preferido uma solução mais cautelosa quanto ao tema da *Proposition8*.

Um aspecto contextual que deve ser levado em consideração nestes dois julgamentos históricos é a eleição de Barack Obama em 2008, o mais progressista Presidente no tema dos direitos LGBT. Embora durante o seu primeiro mandato Obama declarasse apoiar somente a união civil, defendendo que o matrimônio deveria ser entre um homem e uma mulher, uma declaração favorável ao casamento homossexual do Vice-Presidente Joe Biden em 2012 colocou a administração federal em uma saia justa, e forçou o Presidente Obama a "sair do armário" como apoiador do casamento entre pessoas do mesmo sexo[358]. A mudança de posicionamento durante o ano eleitoral, em que o candidato Republicano era o ex-Governador de Massachusetts Mitt Romney, líder da oposição ao casamento homossexual no Estado, era menos que oportuna. Todavia, a reeleição de Obama em novembro, após uma campanha em

---

[355] STRASSER, Mark. "Windsor and its progeny". In: *Ave Maria Law Review*, 2015, v. 13, pp. 183-184; *Idem*. "*United States v. Windsor* and interstate marriage recognition"; In: *South Dakota Law Review*, v. 60, 2015, pp. 411-412. Neste sentido, Tom Watts define o voto do *Justice* Kennedy como "espantosamente obscuro" ("*strinkgly unclear*"), na medida em que é difícil saber qual ordem de argumentos representa o fundamento principal para a decisão e, neste sentido, como os demais tribunais deveriam interpretar as consequências do caso. Segundo o autor, a redação pouco clara pode ter sido uma estratégia de produzir um precedente altamente favorável, mas sem precisar fazê-lo explicitamente. (WATTS, T. "From Windsor to Obergefell". *Op. Cit.* pp. 56 *et seq*).

[356] *Ibidem*, p. 52.

[357] ESKRIDGE, W. N. "The marriage equality cases and constitutional theory". *Op. Cit.*, p. 131. Em sentido semelhante, Watts defende que a enquanto *Perry* simbolizou uma mensagem de "agora não" ("*not now*") da Suprema Corte sobre o tema, *Windsor* acenou com um "volte em breve" ("*come back soon*"). WATTS, T. "From *Windsor* to *Obergefell*". *Op. Cit.*, p. 53.

[358] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, pp. 306-307. Por outro lado, uma importante conquista do governo Obama neste momento foi a reversão legislativa no final de 2010 da restrição à homossexuais servirem abertamente nas forças armadas, conhecida como "*Don't Ask, Don't Tell*", medida anunciada como uma das prioridades do seu primeiro mandato.

que o tema dos direitos LGBT ocupou menos espaço que nos anos anteriores, ajudou a consolidar a percepção de que talvez o casamento homossexual não fosse o mesmo vespeiro de anos anteriores, deixando a Suprema Corte mais confortável para decisões favoráveis[359].

A partir da decisão em *Windsor*, as leis e emendas de "defesa do casamento" de virtualmente todos os Estados que possuíam tal tipo de previsão começaram a ser questionadas junto à justiça federal[360]. A esmagadora maioria das decisões entendeu inconstitucional o não-reconhecimento pelo Estado de um casamento homossexual validamente celebrado em outro Estado e/ou a própria restrição do matrimônio a casais de sexo diferente[361]. Apesar da resistência inicial da Suprema Corte de conceder *certiorari* a um desses casos, o que importou na manutenção das decisões pela inconstitucionalidade dos atos de "defesa do casamento", uma eventual "divisão de circuito" ("*circuit split*") obrigou o tribunal a analisar a questão[362].

Assim, em junho de 2015, a Suprema Corte proferiu a histórica decisão *Obergefell v. Hodges*, em que julgou inconstitucional não apenas a negativa de reconhecimento ao casamento homossexual validamente celebrado em outro Estado, mas também a própria vedação ao casamento homossexual[363]. O voto majoritário, redigido pelo *Justice* Kennedy, reputou o casamento homossexual uma exigência constitucional da 14ª Emenda, que prevê a igual proteção das leis. Finalmente, casais homossexuais em todos os Estados americanos passaram a ter aceso ao casamento, terminando com o sistema de "colcha de retalhos" que vigorava até então no tema[364].

---

[359] ESKRIDGE, W. N. "The marriage equality cases and constitutional theory". *Op. Cit*, p. 136.
[360] WATTS, T. "From Windsor to Obergefell". *Op. Cit.*, p. 52.
[361] STRASSER, M. "Windsor and its progeny". *Op. Cit.*, pp. 186 *et seq*. Após Windsor, foram produzidas nada menos do que 22 decisões de cortes distritais (1ª instância) e 4 decisões de cortes de circuito (2ª instância) favoráveis ao casamento homossexual, e apenas 2 decisões de cortes distritais e 1 decisão de circuito em sentido contrário (WATTS, T. "From Windsor to Obergefell". *Op. Cit.* p. 72).
[362] *Ibidem*, pp. 67 *et seq*.
[363] Historicamente, essa perspectiva estava de acordo com um precedente importante para o debate acerca do casamento homossexual, *Loving v. Virginia*, decidido em 1967, e que declarou inconstitucional a proibição de casamentos inter-raciais. O caso envolveu uma mulher negra e um homem branco residentes de Virginia, onde os casamentos inter-raciais eram vedados. O casal se casou no Distrito de Columbia, onde tal união era legal, mas foram condenados ao retornar ao seu Estado de origem. No caso, entretanto, a Suprema Corte igualmente não se concentrou na negativa de reconhecimento pelo Estado de Virginia ao casamento validamente celebrado no Distrito de Columbia, mas sim na restrição imposta por aquele à união (STRASSER, M. "*United States v. Windsor* and interstate marriage recognition". *Op. Cit.*, p. 422).
[364] Até *Windsor*, o casamento entre pessoas do mesmo sexo só era reconhecido em 12 Estados em todos os EUA. Graças a atuação da Justiça Federal no seguimento do caso, entretanto, o direito passou a ser reconhecido em algum nível em 38 Estados. Diante desta mudança de cenário, a atuação da Suprema Corte em *Obergefell* em certa medida tão somente garantiu a extensão do direito para os poucos Estados em que ainda não era garantido, uma dinâmica semelhante a que ocorreu em relação a criminalização da sodomia em *Lawrence*, embora o processo tenha sido muito mais rápido no segundo caso.

Em que pese no momento da decisão o apoio da opinião pública americana ao casamento já superar a rejeição[365], a decisão foi amplamente criticada pelos setores mais conservadores, que denunciaram o "ativismo judicial". Com efeito, a plataforma eleitoral do Partido Republicano para a campanha eleitoral de 2016 adotou um tom fortemente avesso ao julgamento, pugnando pela defesa do casamento tradicional contra a atuação do Judiciário.

A decisão também foi objeto de certa resistência à sua implementação, com alguns funcionários públicos alegando que não poderiam cumpri-la por motivos religiosos. Assim, no segundo semestre de 2015, Kim Davis, *county clerk* no Kentucky, se tornou figura nacionalmente conhecida por ter se recusado a conceder qualquer licença de casamento no seu condado, como forma de evitar ser obrigada a concedê-las a casais gays. Rapidamente promovida à garota propaganda da resistência à *Obergefell*, Kim Davis foi patrocinada judicialmente por grupos da direita religiosa e presa por desobediência à ordem judicial ("*contempt of court*")[366]. O caso inaugurou um debate – ainda em andamento – sobre quais devem ser os limites para os funcionários públicos alegarem exceções religiosas no cumprimento do seu múnus.

A tortuosa epopeia da judicialização do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos EUA é uma narrativa de idas e vindas, em que cada novo avanço é seguido de forte oposição e resistência, que em alguns casos foi capaz de reverter conquistas, ainda que temporariamente. Neste sentido, o *backlash* ao avanço de direitos pela via judicial produziu inúmeras leis de "defesa do casamento" que faziam o casamento entre pessoas do mesmo sexo em todos os EUA parecer cada vez mais distante. Rosenberg, por exemplo, descreveu a litigância em torno do tema como um processo marcado por "um passo para frente, dois para trás"[367]. Da mesma forma, John D'Emilio argumenta que "a batalha para ganhar o casamento igualitário através das cortes fez algo que nenhuma outra campanha ou demanda do movimento havia feito: criou um vasto corpo de nova legislação antigay"[368].

Por outro lado, Eskridge critica esta tese, entendendo que a reação de grupos contrários ao avanço dos direitos LGBT independe do agente institucional que os tenha garantido[369].

---

[365] KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, pp. xiii-xiv.
[366] COLKER, Ruth. "Religious accommodations for county clerks?". In: *Ohio State Law Journal Furthermore*, v. 76, 2015, pp. 87-92.
[367] ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. Op. Cit., p 368.
[368] "*The battle to win marriage equality through the courts has done something that no other campaign or issue in our movement has done: it has created a vast body of new antigay law*" (D'EMILIO, John. "The Marriage Fight Is Setting Us Back". In: *The Gay & Lesbian Review*, v. 13, n. 6, 2006, p. 10).
[369] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, p. 296. Igualmente, KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.* pp. 167-168.

Assim, uma crítica mais pertinente envolve não o agente institucional escolhido, mas sim o protagonismo dado ao tema do casamento em detrimento de outras pautas[370]. Neste sentido, além da oposição à demanda em si de setores mais radicais do movimento ligados à *queer politics*, durante algum tempo a impressão predominante era a de que toda a campanha em torno do casamento se revelou um retumbante fracasso, e que talvez as prioridades reivindicatórias estivessem equivocadas.

Em sentido oposto, Eskridge discute que, embora a demanda pelo casamento tenha sido inegavelmente a de maior visibilidade para o público americano, outras conquistas importantes para o movimento LGBT foram atingidas durante este período estudado, como a reversão da criminalização da sodomia em *Lawrence*. Mais do que isso, é possível que estes avanços tenham sido catalisados pela própria discussão do casamento[371]. Por outro lado, a primazia desta demanda em oposição a outras mais radicais de transformação cultural também é devida a transformação da agenda reivindicatória decorrente da sua juridicização e judicialização[372].

A litigância em torno do casamento homossexual não foi positiva apenas na garantia efetiva desta demanda, contribuindo ao longo do processo, por exemplo, para incluir do tema no debate público num momento em que a sua discussão parlamentar era virtualmente inexistente[373]. Neste sentido, Leachman argumenta que o recurso à judicialização produz cobertura midiática muito maior do que outras estratégias, como a atuação no Legislativo ("*lobby*") e manifestações públicas, o que tem um papel importante na produção de um debate nacional sobre os direitos de homossexuais[374].

Outra contribuição importante foi a "desmistificação de estereótipos"; a partir do momento em que os primeiros Estados começaram a garantir direitos aos casais homossexuais, os americanos passaram a conviver com famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, muitas delas estáveis e com filhos, falsificando imagens tradicionais de "promiscuidade"[375]. Com

---

[370] Neste sentido, CUNNINGHAM-PARMETER, K. "Marriage equality, workplace inequality". *Op. Cit.*, pp. 1112 *et seq.*

[371] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit.*, pp. 316 *et seq.*

[372] Neste sentido, "o predomínio de temas jurídicos na agenda do movimento LGBT marginalizou as demandas do movimento por transformação cultural ou mudança estrutural em favor de metas mais assimilacionistas, como o direito ao casamento, facilmente traduzível em argumentos jurídicos formais" ("*the dominance of legal issues on the LGBT movement's agenda marginalized movement demands for cultural transformation or structural change in favor of assimilationist goals, such as the right to marry, that translate well into formal legal claims*"; LEACHMAN, G. M. "From protest to *Perry*". *Op. Cit.*, p. 1668)

[373] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit,* pp. 310-312; KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, pp. 165-166.

[374] LEACHMAN, G. M. "From protest to *Perry*". *Op. Cit.*, p. 1668, p. 1705.

[375] ESKRIDGE, W. N. "Backlash politics". *Op. Cit,* pp. 314-315.

efeito, a aprovação popular do casamento gay tende a crescer mais rapidamente onde o direito já é garantido.

Parte desse processo de "naturalização" da vivência homossexual é estrategicamente construído pelo movimento e seus advogados durante seleção dos litigantes de um dado caso, analisando qual deles detém maior capacidade de obter um julgamento favorável. Uma vez que as circunstâncias do caso concreto influenciam diretamente nos resultados da judicialização envolvendo processos subjetivos, os casais de gays e lésbicas escolhidos são justamente aqueles que parecem mais "seguros" e "cotidianos" para os juízes[376]. Assim, a preferência por casais que estão juntos há muito tempo, em uma relação o mais tradicional possível, fossem de classe média ou classe média-alta, com filhos, etc.[377] Com efeito, os autores ("*plaintiffs*") em julgamentos como *Windsor* e *Obergefell* são substancialmente mais educados, ricos e brancos do que a maioria da população americana[378]. O foco em casais de meia idade ou viúvos com filhos reforça a estratégia de "assexualização" da homossexualidade como forma de diminuir a oposição ao pleito[379]. Estes critérios servem não apenas para torná-los mais palatáveis aos juízes do caso, mas também ao público de forma geral, uma vez que os litigantes são constantemente entrevistados e tem sua vida pessoal escrutinizada pela mídia. Tal circunstância, embora por um lado aumente as chances de julgamentos favoráveis, por outro pode invisibilizar vivências homossexuais que não se adequem a este roteiro, bem como minorias raciais e de gênero, reforçando o caráter assimilacionista e normalizador do casamento[380].

Com o "fim da história" em torno do tema do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, ao menos por ora, outras pautas foram erigidas a candidatas à "próxima batalha em torno dos direitos LGBT", como, por exemplo, discriminação no ambiente de trabalho ou legislação punindo crimes de ódio. Assim, uma questão que tem se colocado mais recentemente é o tema dos direitos trans. A "normalização" da homossexualidade, em que a principal bandeira do casamento parece garantida em nível nacional e conta com apoio da opinião pública majoritária,

---

[376] CUNNINGHAM-PARMETER, K. "Marriage equality, workplace inequality". *Op. Cit.* p. 1099.

[377] Um exemplo eloquente desta situação é *Windsor*, o julgamento responsável por invalidar o DOMA. Edith Windsor e Thea Spyer eram um casal nova-iorquino de militantes lésbicas octogenárias que estavam juntas desde meados da década de 60. Apesar do casamento celebrado no Canadá ter sido reconhecido pelo Estado de Nova York, em 2009, quando Thea faleceu, Edith foi obrigada a pagar mais de 360mil dólares de impostos federais de transferência de patrimônio que contavam com isenção para o cônjuge sobrevivente, aplicável somente para casais heterossexuais. Como se vê, o caso envolveu um relacionamento duradouro entre pessoas com uma situação financeira bastante confortável. O fato de o caso revolver em torno de uma pessoa que acabou de perder o companheiro de toda uma vida também tem um efeito importante de conquistar a simpatia judicial. Não por acaso, Jim Obergefell também era um homem gay que havia acabado de se tornar viúvo

[378] GODSOE, Cynthia. "Perfect plaintiffs". In: *The Yale Law Journal Forum*¸ v. 125, 2015, p. 139

[379] *Ibidem*. 147-150.

[380] *Ibidem.*, pp. 152-154.

indica que a hora de identidades mais estigmatizadas dentro da comunidade LGBT pode ter chegado, tanto para seus defensores, quanto para seus adversários. Com efeito, *Obergefell* foi seguido por iniciativas de Legislativos estaduais visando atacar direitos de pessoas trans, que se desenham como um novo "bode expiatório" na construção de discursos eleitoralmente vantajosos, em substituição a gays e lésbicas.

A principal dessas iniciativas são as chamadas "*bathroom bills*", projetos de lei que visam limitar o uso de banheiros e outras instalações em acordo com o sexo de registro. Assim, em fevereiro de 2016, a Dakota do Sul aprovou uma lei neste sentido, mas que restou vetada pelo Governador. Todavia, em março do mesmo ano, a Carolina do Norte aprovou o polêmico "Ato de Segurança e Privacidade das Instalações Públicas" ("*Public Facilities Privacy & Security Act*"), conhecido como HB2, que além da restrição quanto ao uso de banheiros no Estado, revogou diversas normas anti-discriminatórias. A medida foi seguida de enorme reação nacional, com eventos esportivos e shows sendo cancelados no Estado e protestos em muitas cidades, além de inúmeros questionamentos judiciais, inclusive por parte da administração Obama[381].

O desfecho dos novos julgamentos sobre os direitos LGBT – e mesmo a manutenção incólume de *Obergefell* – são uma incógnita no futuro próximo, diante da possibilidade de recrudescimento conservador da Suprema Corte americana. O falecimento do *Justice* Scalia em fevereiro de 2016 gerou uma acirrada disputa pela nomeação do seu sucessor, uma vez que pela primeira vez em décadas abria-se uma janela para uma Suprema Corte majoritariamente indicada por Democratas. Neste sentido, a ocupação desta vaga por um *Justice* mais progressista, somada a atuação do *Justice* Kennedy, que embora indicado pelo Presidente Reagan, tem posições mais liberais em alguns temas, como direitos dos homossexuais, tenderia a garantir o progresso das demandas LGBT junto à mais alta instância do Judiciário americano. Diante deste cenário, o Partido Republicano, que controlava a maioria do Senado, se recusou a escrutinizar o indicado pelo Presidente Obama, argumentando que o novo presidente eleito em

[381] Em outubro de 2016, a Suprema Corte chegou a anunciar que iria julgar o caso de um estudante trans da Virgínia que havia sido impedido de usar o banheiro masculino de seu colégio. O caso se baseava em larga medida na interpretação então dotada pelo governo federal de que tal impedimento violaria normas federais que vedavam a discriminação por motivos de sexo (LIPTAK, Adam. Supreme Court to rule in transgender access case. *The New York Times*, publicado em 28 out. 2016. Politics Disponível em <http://www.nytimes.com/2016/10/29/us/politics/supreme-court-to-rule-in-transgender-access-case.html?_r=0>. Acesso em 30 out. 2016). Todavia, após a eleição do republicano Donald Trump para a presidência e a formação de um governo conservador, houve uma mudança de posição da administração federal na matéria, de forma que a Suprema Corte entendeu não haver mais base para o julgamento, devolvendo o caso para a instância recorrida para reapreciação (*Idem*, "Supreme Court Won't Hear Major Case on Transgender Rights". *The New York Times*, publicado em 06 mar. 2017. Politics. Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/03/06/us/politics/supreme-court-transgender-rights-case.html?smid=fb-share&_r=0>. Acesso em 11 mar. 2017)

novembro deveria dar a palavra final na ocupação da vaga[382]. A eleição do histriônico candidato Republicano Donald Trump e de uma maioria do partido nas duas casas do Congresso em 2016, somada a idade avançada de alguns dos *Justices* liberais, aumentou o risco do aprofundamento do processo de construção de uma Suprema Corte conservadora ou mesmo reacionária[383].

2.2. Colômbia

A Corte Constitucional colombiana, criada pela atual Constituição de 1991, é reconhecida como uma das mais audazes e inovadoras do mundo, tendo uma atuação marcada pela proteção de direitos fundamentais e de grupos estigmatizados, dentre os quais a população LGBT[384].

A Constituição de 1991, assim como outras cartas que vieram a reboque da chamada "terceira onda de democratização", que envolveu a dissolução da União Soviética e da cortina de ferro e o fim das ditaduras militares na América Latina, conta com um amplo e variado rol de direitos fundamentais de todas as gerações, além de prever órgãos judiciais e mecanismos processuais reforçados que visam à sua concretização[385]. Neste sentido, a carta colombiana se aproxima bastante da Constituição Brasileira de 1988. Por outro lado, a criação de um órgão judicial com competência exclusivamente voltada ao controle de constitucionalidade[386] e defesa dos direitos fundamentais é uma diferença bastante relevante em relação ao modelo brasileiro,

---

[382] Diante das pesquisas que davam a vitória à candidata democrata Hillary Clinton, entretanto, alguns senadores republicanos já admitiam a possibilidade de bloquear qualquer indicado por ela durante os quatro anos da sua eventual presidência, como forma de garantir a manutenção da maioria conservadora na Suprema Corte (GRAHAM, David A. What Happens If Republicans Refuse to Replace Justice Scalia?. *The Atlantic*, publicado em 01 nov. 2016. Politics. Disponível em <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/11/whats-the-opposite-of-court-packing/506081/>. Acesso em 11 nov. 2016)

[383] Com efeito, o nome indicado por Donald Trump para substituir o falecido *Justice* Scalia, Neil Gorsuch, foi recebido com preocupação e protesto por parte de grupos de direitos LGBT, em virtude de suas posições conservadoras (WONG, Curtis M. "LGBTQ Groups Blast Trump's Supreme Court Pick Neil Gorsuch". *The Huffington Post*. Queer Voices. Publicado em 1º fev. 2017. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/entry/gorsuch-lgbtq-reaction_us_58920a22e4b0c90eff015951>. Acesso em 11 fev. 2017)

[384] FREIRE, Alonso. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos?". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 605.

[385] BONILLA, Daniel; RAMIREZ, Natalia. "National Report: Colombia". In. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Washington, Vol. 19: 1, 2011, p. 98; CABALLERO, Mauricio Albarracín. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia". In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*. São Paulo: v.8, n.14, 2011, p. 22; ITURRALDE, Manuel. "Access to constitutional justice in Colombia: opportunities and challenges for social and political change". In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitutionalism of the Global South*: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia. Nova York: Cambridge University Press, 2013, p. 369.

[386] Embora o país contasse com um sistema de controle de constitucionalidade secular, de competência da Suprema Corte de Justiça, órgão recursal máximo da jurisdição civil, este não foi historicamente exercido em prol da proteção de grupos minoritários (FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF". *Op. Cit.*, p. 604).

no qual estas competências foram mantidas com o STF, que, além de um sistema de controle alargado, manteve amplas competências recursais e originárias, principalmente penais. Assim, a criação de uma Corte Constitucional é um dos motivos tradicionalmente elencados para explicar a auspiciosa jurisprudência constitucional colombiana.[387]

Outro motivo relevante é o acesso facilitado ao órgão[388]. A Corte Constitucional pode ser acessada basicamente por duas vias: pelas *ações públicas de inconstitucionalidade* (cujas decisões são identificadas pela letra "C") e pelas *ações de tutela* (identificadas pela letra "T"). A ação pública de inconstitucionalidade é julgada pelo Pleno e visa o controle abstrato de atos normativos por vícios de constitucionalidade formal ou material, e está prevista basicamente nos artigos 241.4 e 241.5 da Constituição de 1991. A grande distinção desta em relação às ações diretas no Brasil é a possibilidade de ser ajuizada por qualquer cidadão[389]. Neste sentido, a ação funciona não apenas como um instrumento democrático e participativo de controle da atuação dos poderes políticos, mas também como efetivo mecanismo de tutela de direitos fundamentais, diante da possibilidade de questionamento das leis que os violem[390].

Já as ações de tutela, por outro lado, são ações concretas previstas no art. 86 da Constituição e que visam à tutela de direitos fundamentais em processo subjetivo movido perante o órgão judicial competente, cuja sentença pode ser revista posteriormente pela Corte Constitucional por meio de órgão fracionário ("sala"), competência prevista no art. 241.9 da Constituição. A Corte possui discricionariedade na escolha de quais decisões de tutela vai revisar[391]. Trata-se de um mecanismo informal, que não precisa de advogado para o ajuizamento, e célere, com prazos processuais bastante reduzidos. Apesar da previsão de que se trata de mecanismo subsidiário, cabível somente quando inexistente outro meio judicial, esta excepcionalidade pode ser afastada sempre que houver risco de prejuízo irremediável[392].

Tal facilidade de acesso foi decisiva para que os movimentos sociais, principalmente aqueles ligados a grupos estigmatizados passassem a recorrer à Corte como forma de promoção

---

[387] FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF" *Op. Cit.*, pp. 604-605; NUNES, Daniel Capecchi. *Corte Constitutional da Colômbia*: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. Texto gentilmente cedido pelo autor, 2016. Neste sentido, Iturralde contrapõe a atuação do novo órgão, mais criativa e ativista, com os tribunais superiores pré-existentes – Corte Suprema de Justiça e Conselho de Estado –, que teriam uma visão mais formalista do direito e uma atuação mais autocontida, o que provoca atritos entre os distintos tribunais (ITURRALDE, M. "Access to constitutional justice in Colombia". *Op. Cit.*, pp. 389 *et seq.*)

[388] YEPES, Rodrigo Uprimny. "A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos". In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*; v.6, 2007, p. 62; ITURRALDE, M. "Access to constitutional justice in Colombia". *Op. Cit.*, p. 375.

[389] FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF". *Op. Cit.*, p. 609

[390] ITURRALDE, M. "Access to constitutional justice in Colombia". *Op. Cit.*, p. 365.

[391] FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF". *Op. Cit.*, p. 609

[392] *Ibidem.*, p. 610.

de sua agenda[393], contribuindo para a judicialização da politica no contexto colombiano, que assume uma intensidade maior do que a que ocorre em outros países[394]. A aposta no Judiciário é resultado também do "desencanto com a política", decorrente da crise de representatividade das instâncias políticas tradicionais[395]. Ademais, Yepes argumenta que a Colômbia, ao contrário do que ocorre com outros países do continente, tem uma tradição de movimentos sociais fracos, o que favoreceria o recurso à jurisdição constitucional[396], que serviria então como um mecanismo de mobilização social e política, ao empoderar determinados grupos e movimentos sociais e facilitar sua ação social e política[397]. Neste cenário, os atores sociais passam a formular suas demandas numa linguagem prioritariamente jurídica e judicializável[398].

Assim, o movimento LGBT colombiano vem utilizando a jurisdição constitucional como lócus privilegiado para a promoção de suas demandas, com uma trajetória de razoável sucesso. A Constituição de 1991 e a atuação da Corte Constitucional foram decisivas para a construção do movimento LGBT colombiano, ao mobilizar e organizar lideranças e oferecer um canal e um vocabulário de reivindicação. Com efeito, a partir das decisões da Corte, a orientação sexual deixa de ser uma mera questão de cultura e de "estilo de vida" para se tornar um problema jurídico-constitucional[399]. Não à toa, o movimento atual é marcado pela fé no Direito como instrumento de transformação social[400] e pelo uso da linguagem dos direitos humanos e do direito constitucional como "forma privilegiada de apresentar suas demandas"[401].

Cabe destacar que, de maneira semelhante ao ocorrido no Brasil, a proteção dos direitos dos casais homoafetivos se deu na Colômbia pela via judicial, inexistindo previsão legal específica acerca do tema no país, apesar de diversos projetos de lei terem sido apresentados no Parlamento[402]

---

[393] ITURRALDE, M. "Access to constitutional justice in Colombia". Op. Cit., p. 370.
[394] YEPES, R. U.. "A Judicialização da Política na Colômbia". *Op. Cit.*, p. 53.
[395] *Ibidem.*, p. 60; CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 22.
[396] YEPES, Rodrigo Uprimny. "A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos". *Op. Cit.*, p. 62; CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 101. Neste sentido, Ripoll relata casos de perseguição, ameaças e até mesmo assassinatos sofridos por ativistas de direitos homossexuais em um país "onde ser defensor dos direitos humanos é uma profissão de alto risco" (RIPOLL, Julieta Lemaitre. "O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia". In: *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*; v.6, n.11, 2009, p. 80).
[397] YEPES, R. U. "A Judicialização da Política na Colômbia". *Op. Cit.*, p. 66.
[398] *Ibidem*, p. 53; CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 8; CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 74.
[399] RIPOLL, J. L. "O Amor em Tempos de Cólera". *Op. Cit.*, p. 81.
[400] HUERTAS, Rocío del Pilar Peña; HERNÁNDEZ, María Mónica Parada. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso colombiano". In: *Revista de Derecho, Universidad del Norte,* v. 42, 2014, p. 74.
[401] CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 23
[402] BONILLA, D.; RAMIREZ, N. "National Report". *Op. Cit.*, pp. 104 e 110.

Por outro lado, a Constituição de 1991 prevê em seu art. 42 que a família é formada "pela decisão livre de um homem e uma mulher de contrair matrimônio", dispositivo que é manejado como principal argumento jurídico por aqueles que se opõem à garantia de direitos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo[403]. A Corte Constitucional e os defensores dos direitos LGBT, todavia, têm interpretado outras previsões da carta, como o direito à igualdade, ao livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, de forma a contemplar outros arranjos familiares[404].

O acervo de decisões acerca dos direitos LGBT da Corte Constitucional é bastante extenso, envolvendo os mais diferentes temas. Tendo em vista o escopo do presente estudo, serão analisadas apenas as principais decisões referentes ao *status* dos casais formados por pessoas do mesmo sexo e aos direitos de pessoas trans, ficando excluídos do exame, portanto, questões como adoção[405], sanções disciplinares militares[406], manifestações públicas de afeto[407], etc.

No tocante aos direitos de pessoas homossexuais, a jurisprudência do órgão é marcada pelo seu reconhecimento gradativo e incremental. Num primeiro momento, que perdurou até mais ou menos 1995, a atuação da Corte Constitucional se caracterizou pela chancela de normas discriminatórias, como sanções disciplinares nas forças armadas[408].

Porém, a partir da segunda fase, que vai de 1995 a 2007, a situação muda sensivelmente. Este período é marcado por uma jurisprudência firme no combate à discriminação individual, mas sem reconhecer direitos aos casais homossexuais. Assim, foi estabelecida uma distinção entre a vedação da discriminação ao indivíduo homossexual, objeto de uma jurisprudência firme e progressista, a partir da ideia de que a "homossexualidade" e a "orientação sexual" seriam "critérios suspeitos", a legitimar um "escrutínio estrito" por parte da Corte[409]; e a ausência de proteção para o casal homossexual, cujos direitos foram sistematicamente negados com base na interpretação de que a Constituição somente protegia a família heterossexual[410].

---

[403] HUERTAS, R. P. P.; HERNÁNDEZ, M. M. P. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría". *Op. Cit.*, p. 79.
[404] BONILLA, D.; RAMIREZ, N. "National Report". *Op. Cit.*, p. 100; BONILLA, Daniel. "Casais do mesmo sexo na Colômbia: três modelos para o reconhecimento jurídico e político". In: *Prima Facie*, v. 19, 17, 2010, p. 33.
[405] T-290/1995; C-814/2001; C-802/2009; SU-617/2014; C-071/2015; e C-683/2015.
[406] C-507/1999 e C-431/2004.
[407] T-301/2004 e T-909/2011.
[408] T-097/1994 e T-037/1995.
[409] O *leading case* desta jurisprudência foi a Sentença C-481/1998, que proibiu a punição disciplinar aos professores homossexuais.
[410] Caballero enxerga nesses discursos judiciais uma coincidência com a visão da Igreja Católica que ensina a "amar o pecador", mas a "reprovar o pecado", estabelecendo um respeito ao "ser", mas uma limitação ao "fazer" homossexuais (CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.,*, p. 15). Por outro lado, tal posição se aproxima daquilo que Borrillo chama de "heterossexismo diferencialista", que se caracteriza

Para compatibilizar as duas posturas, a Corte defendeu que no caso dos direitos de casais do mesmo sexo não se deveria utilizar o escrutínio estrito, uma vez que as normas impugnadas não usavam os termos "orientação sexual" ou "homossexuais", mas sim expressões como "homem e mulher", que não trariam sobre si este teste mais rigoroso da sua constitucionalidade. O caso paradigma desta segunda fase foi a C-098/1996, que visava enquadrar os integrantes de um casal homossexual como "companheiros permanentes" dentro das chamadas "uniões maritais de fato" (entidades familiares não matrimoniais). A Corte, entretanto, rechaçou a pretensão, alegando que a norma que limitava tais uniões aos casais formados por pessoas de sexo diferente não seria discriminatória, na medida em que, ao tutelar os aspectos patrimoniais de um tipo determinado de família, não importava em proibição ou sanção ao "homossexualismo" (*sic*), além de se inserir na órbita da discricionariedade política do legislador[411].

A partir deste impasse, o ativismo LGBT voltou-se para o Congresso, na tentativa de aprovar reformas legais relacionadas ao matrimônio civil e à adoção, incentivado pela própria Corte, que entendia que tais debates deveriam ocorrer no âmbito legislativo. Todavia, os diversos projetos de lei apresentados não lograram aprovação, em face da resistência de políticos conservadores ligados à Igreja Católica e da falta de suporte do Executivo[412].

Assim, neste contexto, dá-se em 2004 a formação da *Colombia Diversa*, organização ativista que congregou redes de militantes, acadêmicos e pessoas simpáticas à causa que dispunham do capital cultural e financeiro para fortalecer a organização, o que possibilitou às estruturas anteriores de mobilização se valer dos recursos da elite e da expertise de novas redes de advogados progressistas[413]. A organização se caracterizou pelo uso do Direito como ferramenta de reivindicação e por um conjunto amplo de ações voltadas às instâncias judiciais, políticas e midiáticas. Essa aposta no Direito produziu um protagonismo dos operadores do

pela denúncia das manifestações mais brutais da homofobia, ao mesmo tempo em que, ao reconhecer diferenças fundamentais entre a homossexualidade e a heterossexualidade, permite um tratamento diferenciado de homossexuais, "privando-os, em particular, do direito ao casamento, à adoção ou à técnicas de reprodução assistida" (BORRILLO, D. *Homofobia*. *Op. Cit.* pp. 31-32).

411 Cabe destaque, entretanto, que essa jurisprudência sofreu críticas profundas e crescentes de integrantes da Corte, que proferiam votos divergentes (*salvamento de voto*) destacando a incompatibilidade entre estas decisões e aquelas acerca da vedação da discriminação, buscando encontrar guarida constitucional ao pleito das famílias homoafetivas.

412 CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 16.

413 Antes da criação do *Colombia Diversa*, o movimento LGBT colombiano era muito pouco articulado, de forma que "a história desse movimento se confunde com a história da ONG" (CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 51).

direito dentro do movimento, tendo em vista a atuação como "intermediários e tradutores" das demandas para a gramática jurídico-constitucional[414] [415].

A estratégia de reivindicação da *Colombia Diversa* é marcada pela moderação, buscando-se focar em algumas poucas demandas menos controvertidas num primeiro momento, como direitos previdenciários, e deixando de lado momentaneamente questões como adoção e casamento, o que permitiria "maior solidez argumentativa e poderia conseguir maior apoio político"[416].

Neste cenário, o movimento reintegra a Corte Constitucional à sua estratégia de reivindicação, mantendo paralelamente a atuação no Legislativo, numa "dupla estratégia"[417]. A resposta da Corte neste momento é positiva e, a partir de 2007, sua jurisprudência passa a ser marcada pelo reconhecimento paulatino e progressivo de direitos aos casais homossexuais, na medida em que foram arguidos. A persistente omissão do legislador é entendida como fator de primeira importância nessa mudança de postura[418].

Apesar de ser um claro avanço em relação às fases anteriores, a concessão gradual de direitos pode gerar insegurança jurídica, vez que é difícil saber o *status* jurídico dos casais homossexuais em cada momento, diante da recusa da Corte em afirmar que as uniões homossexuais se constituiriam enquanto uniões maritais de fato ou outro tipo de entidade familiar, apenas aplicando-lhes determinados direitos e regramentos[419].

A ação inaugural deste período se originou da aliança da *Colombia Diversa* com a academia jurídica, tendo sido desenvolvida por um grupo de estudantes da Faculdade de Direito da Universidad de los Andes. A demanda visava superar o precedente C-098/1996 para reconhecer que casais do mesmo sexo fariam jus aos mesmos direitos das "uniões maritais de fato", reguladas pela Lei nº 54/1990[420].

Assim, na sentença C-075/2007 a Corte reviu seu entendimento anterior para pontuar que o não reconhecimento jurídico da realidade formada pelos casais homossexuais era

---

[414] CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit., passim.*

[415] A organização conta com um site bastante organizado que permite obter informações bastante completas acerca da situação dos direitos LGBT na Colômbia e das decisões da Corte Constitucional pertinentes (http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/index.php).

[416] CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 18

[417] *Ibidem*, p. 20.

[418] *Ibidem*, p. 21; HUERTAS, R. P. P.; HERNÁNDEZ, M. M. P. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría". *Op. Cit.*, p. 82.

[419] CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 24. Neste sentido, sobre a atuação incremental das cortes, em que as decisões são por vezes ambíguas, Scheingold destaca que "em questões importantes, o período de indeterminação é normalmente longo e obviamente penoso para aqueles que contam com as cortes" ("*In important matters, the period of indeterminacy is ordinarily long and of course exceedingly trying for those who are counting on the courts*"; SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights. Op. Cit.* p. 109)

[420] CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit*, p. 20

contrário à dignidade de seus integrantes e ao livre desenvolvimento da personalidade das pessoas homossexuais e que a decisão do legislador de regular o regime dos "companheiros permanentes" somente para casais heterossexuais importava numa proteção insuficiente dos casais homossexuais. Por estes motivos, estendeu aos casais homoafetivos os direitos de índole patrimonial das "uniões maritais de fato"[421].

Nos anos subsequentes, a Corte continuou a estender fragmentariamente os direitos dos casais do mesmo sexo a partir de uma série de novas decisões[422], até que advogados ligados à *Colombia Diversa* propuseram uma ação pública de inconstitucionalidade que questionava um número enorme de dispositivos de 26 diplomas normativos diferentes, que incluíam basicamente todas as leis colombianas que fizessem referência às categorias "união marital de fato" e "companheiro permanente"[423]. Analisando norma por norma, a Corte firmou entendimento na C-029/2009 pela necessidade do mesmo tratamento para casais homossexuais em todos os casos examinados, recusando-se, por outro lado, ao reconhecimento expresso de que casais homossexuais são entidades familiares.

Na sentença C-577/2011 a Corte Constitucional abriu caminho para a garantia do matrimônio para casais do mesmo sexo. Embora tenha entendido pela impossibilidade de interpretar a legislação civil sobre matrimônio para incluir casais do mesmo sexo, em função das limitações expressas do texto normativo da Constituição sobre o casamento, a Corte expediu um apelo ao legislador, exortando-o a regular, até 20.06.2013, de maneira sistemática e organizada, os direitos dos casais do mesmo sexo, com a finalidade de eliminar o déficit de proteção destes casais[424]. Assim, se até a referida data o Congresso não houvesse agido, determinou que os casais do mesmo sexo poderiam apresentar-se perante o notário ou juiz competente para formalizar e solenizar um "vínculo familiar contratual".

---

[421] Deve ser destacado, não obstante, que a limitação dos efeitos da decisão às repercussões patrimoniais foi objeto de crítica interna; o Magistrado Jaime Rentería redigiu um voto apartado em que pugnava pelo amplo reconhecimento dos direitos aos casais do mesmo sexo. Neste sentido, Vaggione destaca o potencial dos votos dissidentes em forçar os limites interpretativos da decisão e anunciar caminhos futuros para a jurisprudência dos tribunais (VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". *Op. Cit*. p. 260).

[422] Assim, foi garantida a mesma disciplina jurídica dos casais heterossexuais no tocante à seguridade social (C-811/2007 e T-856/2007), à previdência (C-336/2008, T-1241/2008 e T-357/2013) e a "porção conjugal"/meação (C-283/2011).

[423] As normas questionadas envolviam os mais variados temas, como por exemplo, o direito de não testemunhar contra o cônjuge em processo penal ou disciplinar, constituição do patrimônio impenhorável da família, subsídios de habitação e educação no âmbito da seguridade social, incompatibilidades para o acesso e exercício de funções públicas. (BONILLA, D. "Casais do mesmo sexo na Colômbia". *Op. Cit.*, pp. 31-33).

[424] A solução adotada foi bastante semelhante à da Corte Constitucional da África do Sul sobre o tema, embora o desfecho tenha sido bastante diverso em razão das reações opostas dos legislativos de cada país em relação ao julgado. Vide nota de rodapé nº 273.

Uma questão interessante que emergiu no julgamento foi o argumento de impacto sobre os cofres públicos que o reconhecimento do matrimônio poderia trazer. O Ministério da Fazenda e Crédito Público, em sua intervenção, afirmou que o Ministério não dispunha de estudos sobre o impacto econômico das consequências que a decisão poderia ter sobre o sistema de seguridade social[425].

Todavia, apesar do apelo da Corte Constitucional, o Legislativo colombiano não editou nenhuma lei acerca do tema até a data limite imposta na decisão[426]. Instaurou-se, então, uma discussão sobre como deveria ser interpretada a nebulosa previsão do "vínculo familiar contratual", se ela significaria o direito ao matrimônio civil ou alguma outra espécie de arranjo familiar novo e atípico[427]. Assim, o Colégio de Notários da Colômbia recomendou a não celebração do casamento civil, e sim de uma nova figura denominada "união solene", enquanto a Procuradoria-Geral da Nação expediu circular ordenando a todos os procuradores do país a intervirem nos pedidos de matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, para opinar pela sua impossibilidade jurídica[428].

Diante deste cenário, a Corte Constitucional foi chamada a resolver a controvérsia. Após a realização de audiência pública em 30.07.2015[429], a Corte decidiu em 28.04.2016 a favor do matrimônio igualitário, por meio da SU-214/16[430] [431]. A maioria dos magistrados entendeu que os contratos inominados propostos não supriam o déficit de proteção identificado na C-577/2011, para convalidar todos os casamentos celebrados posteriormente a 20.06.2013 e reconhecer expressamente o direito ao matrimônio dos casais formados por pessoas do mesmo

---

[425] HUERTAS, R. P. P.; HERNÁNDEZ, M. M. P. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría". *Op. Cit.*, p. 80-81. Por outro lado, antecipando esse argumento, a *Colombia Diversa*, por meio de um grupo de voluntários, já havia elaborado um estudo técnico acerca do impacto econômico do reconhecimento de tais uniões sobre a seguridade social (CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 18).

[426] HUERTAS, R. P. P.; HERNÁNDEZ, M. M. P. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría". *Op. Cit.*, p. 89.

[427] RAMÍREZ, Manuel Páez. "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia". In: *Revista de Derecho del Estado*, n. 31, 2013, *passim*.

[428] COLOMBIA DIVERSA. *Informe Anual Colombia Diversa 2013*. 2013, pp. 7-8. Disponível em: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-institucionales/colombia-diversa-informe-institucional-2013.pdf>. Acesso em 11 out. 2016. Com efeito, Lemaitre descreve como a Procuradoria Geral da Nação tem estado sob o comando de juristas ligados à *Opus Dei*, ala ultraconservadora da Igreja Católica, com atuação sistemática no combate ao avanço dos direitos das mulheres e minorias sexuais (LEMAITRE, Julieta. "By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas". In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, 2012, pp. 496-498)

[429] Os vídeos das intervenções estão disponiveis em: www.corteconstitucional.gov.co/matrimonioigualitario

[430] As decisões identificadas pelas letras "SU" se referem as *"sentenças de unificação"*, que são julgadas pelo pleno do tribunal visando à unificação da jurisprudência em caso de múltiplas ações de tutela.

[431] Deve-se destacar que pouco tempo antes, a sentença C-683/2015, proferida em novembro de 2015, havia garantido o direito da adoção por casais homoafetivos de forma ampla.

sexo, determinado a todos os notários e oficiais de registro público do país a observância da decisão.

No tocante aos direitos de pessoas transexuais e travestis, a Corte Constitucional colombiana produziu uma jurisprudência bastante progressista, garantindo os direitos pleiteados apesar da resistência de agentes administrativos e particulares, bem como assumindo por vezes uma postura ativista na defesa e promoção da cidadania deste grupo social, entendido como especialmente estigmatizado, sob a rubrica do "direito à identidade sexual". Assim, serão expostas rapidamente algumas das principais decisões da Corte no tocante à alteração de nome e sexo registrais e ao processo transexualizador.

Inicialmente, a Corte entendeu na T-594/1993 que o nome é parte integrante do "direito à expressão da individualidade", estando protegido pelo livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, a legislação colombiana previa a possibilidade de se requerer a alteração do nome uma única vez, não podendo a autoridade registral negar o pedido feito por pessoa transexual.

Um dos julgados mais importantes sobre o tema dos direitos transexuais é o T-918/2012, em que uma mulher transexual pretendia a realização de cirurgia de transgenitalização, negada por parte de seu plano de saúde, que entendeu não haver risco de vida ou objetivo funcional para tal procedimento, e a alteração do seu sexo registral. Inicialmente a Corte destacou que a Constituição prevê o direito à identidade sexual, como corolário da autodeterminação individual, do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana. No tocante especificamente ao direito à saúde de pessoas transexuais, reiterou que tal direito não compreende apenas a noção de saúde física (ausência de enfermidade), mas também a de saúde psíquica e a de "bem-estar geral". Determinou, então, que o demandado procedesse à intervenção cirúrgica pleiteada, determinando ainda ao registro púbico a alteração do sexo nos documentos da autora. Quanto ao sexo registral, a Corte formulou entendimento de que para a transexual que já realizou a cirurgia de transgenitalização a alteração poderia ser feita diretamente perante o cartório de registro civil, sendo desnecessário processo judicial prévio. Esta possibilidade foi reiterada pela Corte na T-063/2015.

Ademais, no tocante ao custeio de procedimentos transexualizadores, a Corte entendeu na T-771/2013 que procedimentos como "mamoplastia de aumento com prótese" para mulher transexual não se configurariam como mera cirurgia estética, tendo caráter funcional neste caso, como forma de reafirmar a identidade feminina da pessoa, aumentando o escopo das intervenções corporais relacionadas ao "direito à identidade sexual".

Como se pode ver, uma diferença importante entre a jurisprudência atinente aos direitos de casais do mesmo e sexo e pessoas trans envolve a prevalência naquele caso de ações públicas de inconstitucionalidade, enquanto neste caso a jurisprudência envolveu primordialmente ações de tutela. Alguns motivos que podem ajudar a explicar essa situação são a possível dificuldade de encontrar atos normativos discriminatórios diretamente atacáveis, apesar de uma prática discriminatória corrente e lesiva de direitos, e a maior facilidade deste tipo de mecanismo processual ser manejado por indivíduos mais marginalizados e com menos recursos para a promoção de uma estratégia de reforma do sistema normativa por meio do controle abstrato[432].

Esta abertura do Tribunal à cidadania de forma geral, pela via do controle concreto, teve um papel fundamental na consolidação de uma "cultura de direitos" no contexto Colombiano e na produção de identificação mais ampla dos sujeitos com das decisões da Corte. Assim, a atuação da Corte no âmbito das ações de tutela seria paradigmático de um intenso ativismo que teria impacto na "alteração da balança do poder social e político, garantindo mais força aos desprivilegiados e marginalizados"[433].

Apesar do avanço na tutela de seus direitos, as pessoas LGBT continuam enfrentando dificuldades práticas para a efetivação de seus direitos. Neste sentido, a concretização de um direito formalmente garantido pela Corte Constitucional depende da intermediação de agentes privados e públicos que detém ampla capacidade para frustrar o seu gozo[434]. Bonilla e Ramirez destacam, por exemplo, a resistência de alguns notários em relação à equiparação entre as uniões de casais do mesmo sexo e as uniões maritais de fato, seja pela negativa pura e simples em realizar o registro, seja pela imposição de exigências e procedimentos mais rígidos nestes casos[435].

Assim, um estudo que tinha por objeto analisar o (des)cumprimento da sentença C-336/2008, cujo objeto era o direito à pensão por morte do companheiro homoafetivo

---

[432] Neste sentido, relembre-se que a mudança da jurisprudência da Corte Constitucional para garantir direitos aos casais homoafetivas foi precedida da formação de uma organização estruturada e capacitada para a promoção dessa agenda.

[433] NUNES, D. C. *Corte Constitutional da Colômbia*. *Op. Cit.*.

[434] Neste sentido, "apesar de existir um interessante corpo de sentenças que tornou possível o reconhecimento de alguns direitos, também é certo que quando os membros da comunidade LGBTI esgrimem tais instrumentos jurídicos ante funcionários públicos para acessar e exercer seus direitos, estes os são negados ou postergados; em concreto, não há um cumprimento material das sentenças que fazem parte do corpo normativo do sistema jurídico colombiano"("*A pesar de que existe un interesante cuerpo de sentencias que ha hecho posible el reconocimiento de algunos de sus derechos, también es cierto que cuando los miembros de la comunidad LGBTI esgrimen tales instrumentos jurídicos ante funcionarios públicos para acceder y ejercer sus derechos, estos les son negados o postergados; en concreto, no hay un cumplimiento material de las sentencias que hacen parte del cuerpo normativo del sistema jurídico colombiano*"; HUERTAS, R. P. P.; HERNÁNDEZ, M. M. P. "Ténsion entre la democracia inclusiva y la". *Op. Cit.*, pp. 67-68).

[435] BONILLA, D.; RAMIREZ, N.. "National Report". *Op. Cit.*, p. 111.

sobrevivente, destacou que diante das dificuldades de implementação das decisões da Corte "lograr o reconhecimento do direito é apenas um primeiro passo em uma longa marcha"[436]. Neste sentido, o estudo concluiu que, no âmbito da aplicação da referida decisão, existiria um renitente tratamento discriminatório em relação aos casais do mesmo sexo que frustraria a realização do direito reconhecido[437].

É preciso manter, portanto, uma visão realista acerca dos ganhos efetivos trazidos pela intervenção judicial. Bonilla afirma, assim, que "as mudanças articuladas pela Corte Constitucional são formais, isto é, meras transformações no ordenamento jurídico", em contraposição a uma realidade social em que a discriminação e a violência contra as pessoas LGBT ainda são persistentes[438]. Trata-se do "paradoxo colombiano", no qual a "luminosa jurisprudência" da Corte Constitucional convive com a violência e as violações dos direitos mais básicos[439].

Por outro lado, a jurisprudência – e o Direito de maneira geral – tem um importante papel simbólico, capaz de modificar imaginários sociais[440]. Neste sentido, as decisões da Corte geraram uma maior saliência das questões da diversidade sexual, modificando a visão da mídia e da sociedade acerca do tema, incentivando a comunidade LGBT a reclamar cada vez mais direitos[441]. Acerca deste papel simbólico, Ripoll aduz que:

> Enquanto a vida cotidiana aceita a sorte das vítimas da limpeza social, especialmente quando são travestis ou homossexuais, o discurso dos direitos reclama a humanidade de cada morte, sua dignidade materializada em pequenas vitórias como o seguro, as pensões, o trabalho[442].

Neste sentido, o papel simbólico também é importante para gerar uma autorrepresentação mais positiva das pessoas LGBT, funcionando como um importante papel de "antídoto" aos efeitos que a discriminação e a injúria produzem na subjetividade. Ao empoderar e legitimar as experiências marginalizadas, a força simbólica do direito se oporia ao "poder interpretativo da violência"[443].

---

[436] "*lograr el reconocimiento del derecho es apenas un primer paso en una larga marcha*"(GARAVITO, César Rodríguez; *et al*. *¿Sentencias de papel?*: efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas. Coleção Justicia Global, documento 6. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011, p. 10)
[437] *Ibidem*, p. 28.
[438] BONILLA, D. "Casais do mesmo sexo na Colômbia". *Op. Cit.*, p. 41.
[439] RIPOLL, J. L. "O Amor em Tempos de Cólera". *Op. Cit.*, pp. 79-80.
[440] *Ibidem*, p. 83; BONILLA, D. "Casais do mesmo sexo na Colômbia". *Op. Cit.*, pp. 41-42;.
[441] GARAVITO, C. R.; *et al*. *¿Sentencias de papel.? Op. Cit.* p. 19.
[442] RIPOLL, J. L. "O Amor em Tempos de Cólera". *Op. Cit.*, p. 86.
[443] *Ibidem*, pp. 83 e 89.

Ademais, a relação entre a visão da opinião pública e da Corte Constitucional acerca dos direitos LGBT é de influência recíproca. A circunstância das decisões acerca do reconhecimento dos direitos dos casais homossexuais terem sido aprovados por unanimidade ou largas maiorias dentro da Corte Constitucional refletiria, na visão de Bonilla, uma mudança de mentalidade da sociedade colombiana em relação às minorias sexuais[444]. Caballero destaca os esforços e a manipulação do discurso jurídico-constitucional pelo próprio movimento LGBT como elementos que possibilitaram essas "decisões progressistas", a partir da ideia de que uma jurisprudência da Corte não se produz "no vazio", estando sempre circundada pela ação coletiva e contextos políticos e institucionais[445].

2.3. Argentina

O uso da jurisdição constitucional por parte do movimento LGBT argentino para promoção de sua agenda guarda algumas singularidades em relação aos demais casos ora estudados. Em primeiro lugar, a garantia dos direitos LGBT no país não foi resultado direto da atuação judicial, tendo sido conquistada no Poder Legislativo, por meio da Lei do Matrimônio Igualitário, de 2010 (Lei nº 26.618), e da Lei de Identidade de Gênero, de 2012 (Lei nº 26.743)[446]. Com efeito, a judicialização da questão dos direitos dos casais do mesmo sexo foi uma estratégia do movimento local para promover o debate público sobre o tema e pressionar o Parlamento.

Em segundo lugar, o sistema de controle de constitucionalidade no país é bastante singular no cenário latino-americano. A Constituição Argentina, cuja elaboração foi profundamente influenciada pela Constituição estadunidense[447], a despeito dos inúmeros golpes militares e crises políticas que marcaram a história do país, se mantém a mesma desde 1853,

---

[444] BONILLA, D. "Casais do mesmo sexo na Colômbia". *Op. Cit.*, pp. 26-27.
[445] CABALLERO, M A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 12 e 23.
[446] A Lei de Identidade de Gênero de 2012, além de ser o primeiro diploma legal a tratar do tema na América Latina, é uma das mais avançadas do mundo, prevendo a possibilidade de alteração de nome e sexo registrais administrativamente, sem necessidade de processo judicial; e garantindo o direito às intervenções e procedimentos médicos necessários ao processo transexualizador de maneira gratuita (ANAHÍ, Farji Neer. "Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013)". In: *Salud Colectiva*, 11 (3), 2015, p. 352)
[447] Segundo Garro, parte considerável do texto original da Constituição Argentina é meramente uma tradução para o espanhol da americana (GARRO, Alejandro M. "Judicial Review of Constitutionality in Argentina: background notes and constitutional provisions". In: *Dukesne Law Review*, v. 45, 2007, p. 409).

embora tenha sofrido algumas reformas importantes, a mais recente destas em 1994[448]. Apesar de não estar originalmente prevista no texto constitucional[449], a possibilidade de *judicial review* foi desenvolvida de forma pretoriana, com clara inspiração na jurisprudência da Suprema Corte Americana[450].

Por estas razões, o sistema de controle de constitucionalidade argentino é muito semelhante ao americano, se caracterizando por ser difuso, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, sem prejuízo da competência da Corte Suprema de Justiça da Nação – CSJN, como instância recursal máxima, por meio do "Recurso Extraordinário Federal"; e concreto, produzindo a declaração de inconstitucionalidade efeitos somente *inter partes*[451]. A despeito das reformas constitucionais, o sistema manteve suas linhas centrais, inexistindo no país ações diretas ou controle abstrato, ao contrário dos outros países latino-americanos. O sistema jurídico romano-germânico, em que não há *stare decisis*, faz com que os precedentes, cujos efeitos se limitam, via de regra, ao caso concreto, tenham relevância relativa. Neste sentido, apenas uma nova manifestação do Legislativo pode retirar do ordenamento definitivamente uma lei inconstitucional[452].

Dada esta impossibilidade de acesso direto à CSJN, a relação entre esta e a sociedade civil seria menos dinâmica, sendo bastante difícil a construção de um litigio estratégico voltado primordialmente ao Tribunal, tendo em vista a necessidade de percorrer todas as instâncias inferiores. Não obstante, "o litígio estratégico começa a ser construído desde a primeira instância e quando o caso chega à corte suprema, já conta com uma grande mobilização social e visibilidade", circunstância que foi alvo de utilização inteligente pelo movimento LGBT local[453].

Por outro lado, a reforma de 1994 produziu mudanças importantes no sistema de tutela dos direitos constitucionalmente previstos. Em primeiro lugar, a reforma "constitucionalizou" uma série de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que passaram a integrar o "bloco de constitucionalidade"[454]. Ademais, a ação de amparo, cujo escopo havia sido drasticamente

---

[448] LIMA, André Estefam Araújo. "O controle de constitucionalidade na Argentina: alguma reflexões". In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 109

[449] O controle de constitucionalidade judicial somente foi expressamente incluído no texto constitucional com a reforma de 1994, no art. 43 que versa sobre a ação de amparo.

[450] GARRO, A. M. "Judicial Review of Constitutionality in Argentina". *Op. Cit.* pp. 409-410.

[451] LIMA, A. E. A. "O controle de constitucionalidade na Argentina". *Op. Cit*. pp. 113-115.

[452] *Ibidem*. pp. 115-116.

[453] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 104.

[454] HITTERS, Juan Carlos. "La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia". In: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, Ano 11, n. 44, 2014, disponível em:

limitado pela Lei 16.986 de 1966[455], foi positivada constitucionalmente de forma ampla no art.43, que previu a possibilidade de qualquer pessoa ajuizá-la contra qualquer ato ou omissão de autoridades públicas ou particulares que violem seus direitos, devendo o procedimento ser facilitado e célere ("*expedito y rapido"*). Trata-se, como se vê, de um instrumento bastante assemelhado à ação de tutela colombiana, uma vez que ambas preveem rito especialmente desenvolvido para a proteção de direitos constitucionais.

Assim, a partir deste novo paradigma, operadores do direito e movimentos sociais têm recorrido cada vez mais aos tribunais para a transformação social e promoção da sua agenda[456], e o caso do movimento LGBT não foi diferente. A ausência de um controle de constitucionalidade abstrato e objetivo, entretanto, é um empecilho para a modificação direta do ordenamento jurídico pela via da jurisdição constitucional.

A atuação do movimento LGBT argentino durante processo de aprovação do casamento igualitário no país se caracterizou pelo uso estratégico e simultâneo de canais institucionais nos três poderes, com ações de forte apelo midiático[457]. Assim, junto ao Executivo, a aliança do movimento organizado com o INADI (Instituto Nacional contra a Discriminação, a Xenofobia e o Racismo) e o Ministério da Justiça, e posteriormente, o apoio da Presidente Cristina Kirchner tiveram impacto fundamental na construção de apoio político e parlamentar ao projeto[458], que terminaria aprovado após longa disputa no Legislativo em 15.07.2010.

Por outro lado, dado os limites do escopo do presente estudo, não serão abordadas as questões relativas à atuação junto ao Executivo e ao Legislativo[459], mas tão somente a forma como o Judiciário foi estrategicamente utilizado pelo movimento para a promoção da demanda, por meio de ações de amparo que questionavam a constitucionalidade dos dispositivos do

---

<http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43512/Documento_completo.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 out. 2016; ANDIA, Maria Gracia, *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*: A Study of Legal Mobilization in Argentina Through the LGBT Movement. Trabalho apresentado no Encontro Anual da *American Political Science Association*. Washington, 2010, pp. 34-35. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1664178>. Acesso em 11 out. 2016.

[455] A lei estabeleceu uma série de limitações para a ação de amparo, como, por exemplo, a impossibilidade de se pedir a inconstitucionalidade de uma norma, a necessidade de esgotamento da via administrativa, o caráter manifesto da lesão, a gravidade ou irreparabilidade do dano, etc. Diante de tantas restrições, a lei foi apelidada de "Lei do Desamparo" (AMAYA, Jorge Alejandro. "La legitimación en el amparo de la reforma constitucional argentina de 1994 ¿uma nueva dimensión?". In: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 53, 2000, pp. 241-242).

[456] BERGALLO, Paola. "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público em Argentina". In: *Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Papers*. Paper 45, 2005, p 1; ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*. *Op. Cit.*, pp. 2 e 32.

[457] BIMBI, Bruno. *Casamento Igualitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2013, p. 52.

[458] DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Op. Cit*., pp. 126 e 130-131.

[459] Para uma abordagem completa do tema, vide as obras de BIMBI, B. *Casamento Igualitário*. *Op. Cit.* e DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., pp. 111 *et seq* e.

Código Civil que limitavam o casamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo, buscando alçar o tema à CSJN pela via recursal[460]. A composição da Corte, a partir da ascensão ao poder do casal Kirchner, havia se tornado marcadamente mais progressista e mais plural de tal forma que havia uma expectativa positiva de que a mesma fosse julgar favoravelmente ao casamento igualitário[461]. A ideia era que a partir de tal decisão o Legislativo terminaria pressionado a reformar em definitivo a legislação[462].

A partir de 2007, a FALGBT – Federação Argentina de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Trans, com apoio de um corpo substancial de advogados e juristas, começou a ajuizar um número crescente desses amparos. O caso pioneiro envolveu as ativistas María Rachid e Claudia Castro; após terem o pedido de obter uma licença de casamento negado administrativamente[463], ajuizaram uma demanda judicial que, após ser improvida nas instâncias inferiores, terminou por alcançar à CSJN, onde numerosas manifestações de *amici curiae* foram submetidas. No final de 2009, aproximadamente sessenta ações de amparo estavam em tramitação, a caminho da CSJN[464].

As ações de amparo atraíram bastante atenção da mídia e produziram intenso debate social[465]. A própria necessidade processual de ter o pedido de casamento negado administrativamente junto ao cartório de registro civil antes do ajuizamento do amparo foi utilizado de forma inteligente, com a presença de celebridades e políticos durantes estes pedidos – que serviriam como testemunhas no caso de um eventual deferimento –, e a convocação de coletivas de imprensa e concessão de entrevistas ato contínuo à negativa dos pedidos[466]. O uso da jurisdição tinha o objetivo concertado de provocar um debate midiático e social sobre o tema, com a formação de alianças com os meios de comunicação e os jornalistas e a concessão

---

[460] DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., pp. 131-132;

[461] ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*. *Op. Cit.*, pp. 52-53. Assim, por exemplo, a indicação para a CSJN de Eugenio Zaffaroni; ministros não católicos; e duas mulheres, uma delas, Carmen María Argibay, conhecida por ser ateia e militante feminista.

[462] Um caso paradigmático que serviu de inspiração aos ativistas LGBT foi à legalização do divórcio no país. A Argentina foi um dos últimos países do mundo a prever o divórcio, em 1987, após a atuação decisiva da CSJN em 1986, que determinou ao Legislativo a reforma da legislação para contemplá-lo.

[463] A data escolhida para as noivas irem ao cartório foi 14 de fevereiro, dia de São Valentim, quando se comemora o Dia dos Namorados. A intenção era atrair a atenção da mídia, já que o tema do casamento costuma estar presente nas matérias jornalísticas neste dia (BIMBI, B. *Casamento Igualitário*. *Op. Cit.*, p. 18).

[464] DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America. Op. Cit*., pp. 132-133

[465] ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*: *Op. Cit.*, p. 62.

[466] Neste sentido, quando receberam a negativa no cartório para a realização do seu casamento, María Rachid e Claudia Castro estavam acompanhadas do então presidente da INADI, três deputadas e um jornalista de renome; "a mal sucedida celebração do casamento tinha uma sugestão política. Elas queriam dar alta visibilidade à primeira apresentação" ("*This unsuccessful celebration of marriage had a political hint. They wanted to give high visibility to this first presentation*"; ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact. Op. Cit.*, p. 58).

sistemática de entrevistas pelos ativistas, pleiteantes e advogados[467]. Não à toa, a segunda ação de amparo foi ajuizada por Esteban Larrese, famoso ator de novelas, e seu companheiro; a ideia de uma celebridade televisiva se casando visava tornar o tema mais familiar e importante para o público[468].

A FALGBT preocupou-se não apenas no seu envolvimento direto em todas as ações, mas também na seleção dos pleiteantes, buscando patrocinar pedidos de casais de todos os estratos sociais e grupos da sociedade, como forma de amplificar a visibilidade do tema. Ademais, os casais selecionados eram perscrutados para se analisar os seus prós e contras e a empatia social que poderiam gerar. Uma vez selecionados, os casais eram preparados para possíveis debates e entrevistados; a ideia é que os mesmos pudessem servir como porta-vozes do movimento, estando preparados para defender adequadamente o casamento igualitário publicamente[469].

Uma situação dramática ocorrida neste período, narrada por Bimbi, diz respeito à separação de María Rachid e Claudia Castro, autoras do primeiro pedido de amparo. A eventual desistência do pedido de casamento das duas não apenas eliminaria a ação que mais havia avançado processualmente até aquele momento, como forneceria um argumento para os opositores da demanda de que os casais do mesmo sexo não constituiriam famílias estáveis. Assim, as duas foram obrigadas a manter as aparências e a aparecer publicamente como casal, e Claudia precisou manter escondido um novo relacionamento[470].

Com todas as ações de amparo sendo sistematicamente julgadas improcedentes pelas instâncias inferiores da jurisdição civil, e os recursos junto à CSJN ainda sem data para julgamento, uma nova estratégia processual foi posta em andamento. Assim, uma ação na jurisdição administrativa da Cidade de Buenos Aires, cujos juízes eram considerados mais jovens, arejados e ativistas do que aqueles da jurisdição civil, resultou na declaração de inconstitucionalidade da vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e na consequente

---

[467] "A campanha de litigância foi largamente planejada para obter ampla cobertura da mídia e para torná-la um tópico da mídia [...] Além de organizar eventos de alta visibilidade em torno da submissão de certificados de matrimônio para casais do mesmo sexo, a expansão da rede de aliados e apoiadores começou a incorporar jornalistas com os quais os ativistas tivessem relações próximos e que trabalhassem em jornais estabelecidos. As decisões judiciais recebiam extensa cobertura jornalística e os ativistas eram entrevistados sistematicamente na televisão, rádio e jornais" ("*Their litigation campaign was largely intended to obtain wide media coverage and to make it a media topic* [...] *In addition to organizing highly visible events around the submission of marriage certificates for same-sex couples, the expanding network of allies and supporters began to incorporate journalists with whom activists had close relationships and who work in established newspapers. The court rulings were given extensive media coverage and activists were interviewed systematically on television, radio, and newspapers*"; DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., p. 133).

[468] ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*. *Op. Cit.*, p. 58.

[469] *Ibidem*, p. 57.

[470] BIMBI, B. *Casamento Igualitário*. *Op. Cit.* pp. 77-78

determinação que o registro civil local procedesse à celebração do matrimônio do casal demandante[471]. Na véspera das bodas, uma medida cautelar suspendeu o casamento. A governadora da Terra do Fogo, Fabiana Rios, província do extremo sul argentino, entretanto, determinou aos cartórios locais a celebração do matrimônio do casal portenho. O casamento se efetivou em 28.12.2009 em Ushuaia, embora logo viesse a ser declarado nulo pela justiça. Em que pese a dúvida sobre a juridicidade do enlace, o primeiro casamento gay celebrado na América Latina atraiu atenção da imprensa nacional e estrangeira, aumentando a visibilidade acerca do tema[472].

Em meados de fevereiro de 2010, um Ministro da CSJN concedeu apocrifamente uma entrevista ao jornal *Página 12*, dando a entender que a Corte estava pronta para julgar o amparo de María Rachid e Claudia Castro, e que a posição seria favorável ao casamento, divergindo os ministros apenas sobre a oportunidade de se esperar ou não que o parlamento deliberasse sobre o assunto[473]. Diante da atuação definitiva do Legislativo a favor do casamento homossexual poucos meses depois, o caso terminou por perder o objeto[474].

Outra característica da estratégia dos ativistas LGBT argentinos para a defesa do casamento entre pessoas do mesmo sexo foi o enquadramento da demanda como uma "questão de direitos fundamentais", o que tinha por objetivo atenuar a oposição ao projeto com base na moralidade e aumentar o ônus político-argumentativo dos seus opositores[475]. Neste sentido, uma marca da campanha em defesa do casamento igualitário foi o slogan "os mesmos direitos com os mesmos nomes" ("*los mismos derechos con los mismos nombres*")[476], visando se opor a uma versão nacional da união civil limitada que existia em Buenos Aires desde 2002 e que passou a ser defendida pelos opositores do casamento quando a campanha começou a ganhar *momentum*[477]. Neste sentido, a virulência da crítica ao projeto de lei promovida pela Igreja Católica e pelo então Arcebispo de Buenos Aires, Jorge Mario Bergoglio, que o caracterizou em carta aberta como uma "pretensão de destruir o plano de Deus", alienou parte dos opositores da lei que não queriam ser identificados com o discurso[478].

---

[471] ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*. *Op. Cit.*, pp. 59-60.
[472] *Ibidem*, p. 61; DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., pp. 135-136.
[473] *Ibidem.* pp. 137-138.
[474] A Decisão R. 90. XLIV. RHE de 24.10.2010, com efeito, entendeu que a edição da lei anteriormente à decisão da Corte tornou "inoficioso um pronunciamento do Tribunal acerca da questão federal suscitada" ("*inoficioso un pronunciamento del Tribunal sobre la cuestión federal planteada").*
[475] DÍEZ, J. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*. Op. Cit., p. 121.
[476] A expressão foi importada da campanha pela aprovação do casamento gay na Espanha, em 2005, que serviu de inspiração direta para o movimento LGBT argentino (BIMBI, B. *Casamento Igualitário*. *Op. Cit.*, pp. 32-33).
[477] *Ibidem*, p. 331.
[478] *Ibidem*, *passim.*

A transformação social praticada a partir da campanha pelo matrimônio igualitário, segundo Bimbi foi um dos motivos principais para a posterior aprovação da "Lei de Identidade de Gênero", em 2012, ter sido muito mais fácil[479]. Enquanto o casamento entre pessoas do mesmo sexo foi aprovado por uma pequena margem de votos no parlamento, o segundo projeto de lei foi aprovado com uma margem muito confortável, que incluiu a quase unanimidade do Senado, tradicionalmente considerado mais conservador. Ademais, desde o início os debates parlamentares trataram do tema exclusivamente como uma questão de direitos humanos de uma minoria estigmatizada[480].

A partir deste relato, podemos concluir que a judicialização pode ser uma estratégia muito interessante não apenas pela possibilidade de garantia direta pela via judicial de um determinado direito, mas pelos efeitos indiretos que daí podem resultar, como o aumento da pressão sobre outros agentes institucionais e mudança da opinião pública. Neste sentido, "a Federação não buscava judicializar todas as celebrações de casamento. Ela utilizou esta ferramenta de forma inteligente para pressionar e persuadir o Congresso. O que eles queriam era uma nova lei sobre casamento"[481].

[479] *Ibidem*, p. 543.
[480] ANAHÍ, F. N. "Cuerpo, derechos y salud integral". *Op. Cit.* p. 356.
[481] ANDIA, M. G., *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*: *Op. Cit.*, p. 60

3. ACESSO AO STF

A busca dos tribunais pelos movimentos sociais como lócus privilegiado de realização de sua agenda guarda uma série de dificuldades. Com efeito, a adoção pelo STF de uma postura contramajoritária e protetora dos direitos de grupos estigmatizados está submetida a uma série de limitações e constrangimentos fáticos e jurídicos. O primeiro destes fatores que deve ser analisado, por um imperativo lógico, é a possibilidade de uma dada questão conseguir chegar ao órgão e ser por ele analisada. Neste sentido, antes de examinar as capacidades institucionais e fatores que influenciam a decisão do órgão em torno de uma dada demanda do movimento LGBT, faz-se necessário que o tema tenha sido apresentado ao tribunal por meios processualmente adequados ao seu conhecimento[482] e por agentes com legitimidade para provocá-lo[483]. Significa dizer, a análise da capacidade do STF responder às demandas do movimento LGBT pressupõe um nível mínimo de *abertura* do órgão a estas, isto é, a existência de canais e mecanismos institucionais e processuais para que as mesmas possam ser deduzidas perante a corte[484].

A ideia de um STF aberto à participação social e profundamente democrático costuma ser apresentada pelos próprios Ministros para justificar e legitimar a sua atuação, principalmente em casos de grande impacto e interesse social, em que há atuação de *amici curiae*, convocação de audiências públicas, amplos debates na academia jurídica ou na mídia em geral. A doutrina constitucional, em grande parte, naturaliza esse discurso, pressupondo que a tal discurso efetivamente corresponde uma prática jurisprudencial e institucional[485].

Esta visão acerca da atuação do STF é chamada por Alonso Freire de "*mito da jurisdição constitucional democrática*"[486]. De acordo com esta ideia, a ampliação do rol de legitimados a

---

[482] Não à toa Rosenberg destaca que arguir um direito judicialmente é, antes de mais nada, aquiescer com os procedimentos e regras do sistema jurídico (ROSENBERG, G. *The Hollow Hope. Op. Cit,* p. 12)

[483] Conforme será discutido no seguimento, a agenda decisória de um determinado órgão judicial decorre diretamente de quais agentes podem ou não deflagrar a sua jurisdição. Assim, "para conhecer qual tipo de demanda alcançará a jurisdição constitucional de nossa mais alta Corte é necessário saber quais agentes estão legitimados para provocá-la a decidir. A composição desse grupo, que pode ser universal ou extremamente restrita, definirá os limites daquilo que poderá ser discutido na jurisdição constitucional" (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 51).

[484] Neste sentido, Jane Reis defende ser necessário "reconhecer e debater a dimensão política das normas processuais", afirmando, ainda, que "as regras processuais que pavimentam o acesso ao Judiciário constituem um dos pilares da política de direitos humanos do país" (PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit.*, p. 144).

[485] GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade*: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, p. 22; MEDINA, Damares. Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

[486] FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF". *Op. Cit.*, p 624.

deflagrar o controle concentrado, as possibilidades de participação decorrentes das figuras da audiência pública e do *amicus curiae*, bem como o televisionamento das sessões de julgamento, teriam produzido uma jurisdição constitucional efetivamente democrática e aberta a toda sociedade[487].

Um conceito manejado por este STF *soi-disant* aberto e democrático, bem como pela doutrina que o acompanha, é o de *representação argumentativa*, que tem o objetivo de enfraquecer o argumento da dificuldade contramajoritária, a partir da noção de que a legitimidade democrática não se esgota na formalidade do voto, e que o Judiciário também seria democraticamente legitimado, ainda que de forma distinta dos poderes majoritários. Assim, segundo Alexy, as decisões judiciais seriam legitimadas discursivamente, a partir de argumentos racionais e de uma fundamentação persuasiva. Para que se faça presente, esta espécie de representação "exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional", de maneira que o tribunal passa a ser considerado pela sociedade como uma "instância de reflexão do processo político"[488]. Para o autor, a ideia de representação argumentativa se baseia em duas premissas: (i) a de que é possível se diferenciar racionalmente argumentos constitucionais bons, válidos e corretos de argumentos ruins, inválidos e incorretos; e (ii) a existência de pessoas racionais dispostas a aceitar argumentos bons, válidos e corretos ("pessoas constitucionais")[489] [490].

Alexy ancora o conceito na ideia de *democracia deliberativa*, a qual, segundo o autor, institucionalizaria o argumento como fator de legitimação democrática ao lado do voto, de maneira que o povo estaria representado no parlamento tanto pelo voto, quanto pelo discurso, e no tribunal constitucional por este último fator[491]. Em sentido semelhante, Barroso entende que a democracia deliberativa se funda justamente na noção de *legitimidade discursiva*, segundo a qual "as decisões políticas devem ser produzidas após debate público e livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as *razões* das opções feitas"[492] Assim, uma vez que o

[487] MEDINA, D. Amicus Curiae. *Op. Cit.*, p. 33.
[488] ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional". In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2015, pp. 53-54.
[489] ALEXY, Robert. "Ponderação, jurisdição constitucional e representação". In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2015, pp. 164-164.
[490] A ideia de que o órgão se legitimaria enquanto instância de *representação argumentativa* da sociedade, ademais, já foi invocada pelo próprio STF. Neste sentido, os votos do Ministro Gilmar Mendes nas ADIs nº 3112 e nº 3510.
[491] ALEXY, R. "Ponderação, jurisdição constitucional e representação". *Op. Cit.*, p. 163.
[492] BARROSO, Luís Roberto. "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25.

Judiciário não conta com um "pedigree democrático" formal e *ex ante* por meio do voto, o mesmo deve legitimar-se democraticamente por meio da sua atuação.

Por outro lado, Sarmento critica a ideia de representação argumentativa tal qual formulada por Alexy, entendendo que a mesma tomaria o cidadão em relação à atuação da Corte Constitucional somente como "destinatário passivo", que deve meramente aceitar os argumentos formulados porque são racionais e corretos. Assim, aquele que se pretende representar discursivamente é, na verdade, um mero paciente, e não um agente coparticipante do processo decisório-deliberativo. O autor defende que deve ser preferida normativamente uma visão que condicione a legitimidade democrática da jurisdição constitucional à possibilidade de efetiva participação e contribuição cidadãs[493].

Em consequência, para que o processo deliberativo do STF seja considerado democrático, o mesmo deve estar aberto à participação social e às diferentes visões de mundo sobre o assunto em julgamento[494], e a decisão final deve estar lastreada em argumentos racionais e persuasivos. Assim, quanto mais intenso o processo de judicialização da política, maior deve ser a democratização da deliberação junto ao STF. Pretende-se, portanto, que a Corte estabeleça um *diálogo social*[495], estando aberta à sociedade civil objeto de suas decisões.

A partir deste referencial, deve-se perscrutar, entretanto, o quanto esta aspiração normativa é descritivamente adequada, i.e., o quanto a atuação do STF realmente se dá com a ampla participação da sociedade; abertura para a recepção dos pleitos formulados pelos mais diversos agentes sociais; e consideração séria e interessada da interpretação constitucional levada a cabo pelos variados intérpretes constitucionais. Existe, portanto, uma relação direta aqui entre a pretensão de representatividade do Judiciário e a sua permeabilidade às demandas e grupos sociais.

A partir deste mesmo raciocínio, Jane Reis entende que

---

[493] SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". *Op. Cit.*

[494] A teoria da *democracia deliberativa* foca-se, portanto, não no *resultado*, i.e., nas decisões adotadas, mas no *procedimento* por meio do qual estas decisões foram construídas. Somente poderiam ser consideradas efetivamente democráticas as decisões tomadas após um processo deliberativo democrático, aberto e plural. Assim "é o embate entre argumentos e contra-argumentos no espaço público e nos fóruns oficiais que racionaliza e legítima o processo decisório democrático. Na deliberação, os diversos participantes podem expor os seus pontos de vista e criticas os argumentos oferecidos pelos demais, com liberdade e igualdade" (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 223-224).

[495] Segundo Carina Leite, a noção de *diálogos sociais* "designa a ideia de que existe uma relação dialética entre o tribunal e a sociedade, que é relevante para a jurisdição constitucional" (LEITE, C. L. N. S. Os Diálogos Sociais no STF. *Op. Cit.*, p. 8.).

> Uma Corte que pretenda ser representativa tem o ônus de estar aberta de forma igualitária à sociedade civil, de ser institucionalmente porosa, de facilitar o acesso dos vulneráveis e de considerar todos os argumentos em jogo na formulação da decisão judicial. O uso da ideia de representação como um argumento de autolegitimação, que outorgue *de per si* às decisões judiciais um pedigree democrático, opera o efeito inverso ao aparente: ao invés de tornar a jurisdição mais democrática e plural, torna-a mais aristocrática e ensimesmada[496].

Isto considerado, o que se pretende analisar neste momento são alguns fatores que limitam ou, ao menos, colocam em xeque uma visão excessivamente otimista quanto à possibilidade do STF ser utilizado pelo movimento LGBT como espaço de avanço das suas demandas, a partir da análise das barreiras ao seu acesso, bem como das limitações e conformações às quais este acesso se submete.

A crescente utilização pelos grupos de pressão e movimentos sociais dos tribunais como canais privilegiados de promoção de sua agenda transformou sensivelmente a percepção acerca da importância política da abertura dos mecanismos processuais de acesso à jurisdição, inclusive, como visto, com consequências sobre a sua própria legitimidade. Assim, o processo de judicialização da política converteu a agenda do acesso à Justiça "em política pública de primeira grandeza"[497].

Neste sentido, para que o STF seja uma arena viável para a promoção dos direitos LGBT, ele deve contar com um nível mínimo de abertura e porosidade à participação do movimento LGBT. Significa dizer, a existência de mecanismos de abertura procedimental é um requisito para viabilizar simultaneamente, (i) a capacidade de um determinado pleito ser submetido à jurisdição do STF; e (ii) a apresentação institucional ao órgão da visão e interpretação constitucionais do movimento LGBT[498].

A Constituição de 1988, conforme destacado na introdução, garantiu um amplo rol de competências ao STF, mantendo e ampliando o sistema de controle de constitucionalidade misto já existente, que prevê simultaneamente mecanismos de controle direto e

---

[496] PEREIRA, J. R. G. "Representação democrática do Judiciário". *Op. Cit.*, p. 353.

[497] VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. "Dezessete anos de judicialização da política". In: *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, 2007, p. 40.

[498] Estas duas dimensões são igualmente utilizadas por Nunes para analisar o que ele denomina de "impearmeabilidade constitucional" do STF. Assim: "[A impermeabilidade constitucional] Em primeiro plano, consiste na dificuldade – ou, até mesmo, impossibilidade - que as entidades de defesa de direitos e os movimentos sociais enfrentam para levar suas demandas por direitos ao STF e, em seguida, terem tais demandas, efetivamente, julgadas. Em segundo plano, trata-se da dificuldade que os mesmos grupos têm para trazer suas visões acerca dos sentidos da Constituição para o centro do debate jurisdicional que ocorre no STF. [...] Em suma, a impermeabilidade constitucional é o fenômeno que impede que a construção dos sentidos do texto constitucional se dê com a participação popular da sociedade civil, por meio de sua própria voz. (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 19).

abstrato/objetivo, típico do modelo kelsiano-europeu, e de controle incidental e concreto/subjetivo, típico do sistema americano[499]. Cada uma dessas modalidades de acesso ao Tribunal será analisada no seguimento, verificando suas contingências específicas em relação à possibilidade de serem utilizadas para a promoção dos direitos LGBT a partir dos dois requisitos anteriormente analisados. Finalmente, na terceira seção do presente capítulo serão examinados os mecanismos dos *amici curiae* e das audiências públicas, e sua efetiva capacidade de pluralização do debate promovido junto ao STF.

3.1. Acesso ao Controle Abstrato

A Constituição de 1988 aumentou sensivelmente o número de legitimados a provocar o controle abstrato no STF em relação ao modelo constitucional anterior. Com efeito, na Carta de 1967/69, apenas o Procurador Geral da República detinha tal prerrogativa, a qual, em função das constrições do modelo então vigente, dificilmente seria manejada em defesa de grupos e identidades socialmente estigmatizados. Naquele contexto, o chefe do Ministério Público podia ser removido *ad nutum* pelo chefe do Executivo[500] e possuía ampla discricionariedade para levar adiante ou não eventuais pedidos para o ajuizamento de representações de inconstitucionalidade que recebesse, de tal forma que pleitos contrários aos interesses do Executivo e da ideologia oficial do Regime Militar tinham pouca chance de sucesso. Ademais, convém lembrar que o controle abstrato foi introduzido no sistema brasileiro em 1965, pela EC nº 16/1965, que criou a representação de inconstitucionalidade, somente após o empacotamento da corte pelo Regime Militar, por meio do Ato Institucional nº 2[501].

Assim, o rol de legitimados a provocar o controle concentrado previsto no art. 103 da nova Constituição[502] foi objeto de grande celebração da doutrina, uma vez que o acesso à

---

[499] Assim, em termos do repertório existente no direito comparado, a única modalidade de controle que o STF não teria atribuição constitucional expressa para exercer seria o controle preventivo. Não obstante, os Ministros desenvolveram uma engenhosa interpretação para exercê-lo quanto às emendas constitucionais, por meio de mandados de segurança impetrados por parlamentares (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, pp. 411 e 423-426).

[500] BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 160.

[501] O Ato Institucional nº 2 aumentou o número de ministros de 11 para 16, preenchendo as novas cadeiras com nomes alinhados ao Regime, além de ter suspendido as garantias de estabilidade e vitaliciedade da magistratura temporariamente. Posteriormente, ainda, o famigerado Ato Institucional nº 5 (AI-5) cassou os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 112-115).

[502] O artigo prevê a legitimação dos seguintes sujeitos e instituições para propor a ação direta de inconstitucionalidade - ADI e a ação declaratória de constitucionalidade - ADC: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa

jurisdição constitucional abstrata foi substancialmente ampliado, tendo sido conferido a uma série de atores políticos e sociais, o que possibilitou a propositura de ações diretas por grupos de interesse e partidos de oposição[503] [504], gerando a percepção de que o acesso ao STF se democratizou de tal forma que qualquer questão poderia ser alçada ao controle concentrado[505]. Ademais, cumpre destacar que o próprio Procurador Geral da República teve sua possibilidade de atuação reforçada, a partir das garantias que lhe foram conferidas pela nova ordem constitucional.

Não obstante, a legitimação foi atribuída primordialmente a agentes políticos estatais e órgãos públicos; à sociedade civil e aos movimentos sociais de maneira mais geral se reservou um papel coadjuvante neste novo modelo. O seu acesso foi franqueado formalmente por meio do inciso IX do art. 103, que previu a legitimação de "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional"[506].

Ademais, desde o primeiro momento, o inciso IX do art. 103 foi objeto de uma interpretação por parte do STF bastante defensiva, que desenvolveu uma série de limitações e condicionamentos para o enquadramento na hipótese que representou, em certa medida, uma esterilização do potencial democratizante do dispositivo[507]. Esta jurisprudência é sintomática de uma visão da corte na aurora da nova Constituição que combinava pouca simpatia em relação ao novo texto e receio de uma sobrecarga de trabalho[508].

Uma primeira barreira erigida foi a distinção feita, sem apoio em qualquer previsão constitucional expressa, entre legitimados universais e especiais[509]. Estes últimos, dentre os quais aqueles do inciso IX, para terem sua ação de controle abstrato conhecida, precisam

---

do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[503] BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais*. *Op. Cit.*, p. 122; ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, p. 413.

[504] O repúdio da nova carta ao modelo anterior de monopólio de legitimidade para deflagrar o controle abstrato é flagrante no art. 125, §2º, segundo o qual "Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, *vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão*" (grifou-se).

[505] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.262.

[506] A possibilidade de acesso direto dos indivíduos ao STF por meio de ADPF chegou a ser aventada: a Lei nº 9.882/99, que regula o procedimento da ação, previu em seu art. 2º, II, a legitimidade para a sua propositura de "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público", ao lado dos legitimados do art. 103 da Constituição, no inciso I. O dispositivo, entretanto, foi vetado pela presidência, sob os argumentos de que iria gerar elevação excessiva da carga de trabalho do tribunal e que "amplo rol" de legitimados previstos na Constituição já permitiria a adequada submissão das questões constitucionais relevantes ao controle concentrado.

[507] ARGUELHES, D. W. "Poder não é querer". *Op. Cit.*, pp. 219-220.

[508] *Ibidem, passim.*

[509] ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". Op. Cit., p. 421.

demonstrar a *pertinência temática* da demanda em relação à sua esfera jurídica ou de seus filiados[510].

Mais ainda, a própria ideia do que deveria ser entendido como "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional" foi objeto de uma "posição severa e restritiva"[511]. Assim, em primeiro lugar, por meio de analogia feita com o art. 8º da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95), o Tribunal entendeu que para a caracterização do "âmbito nacional" seriam necessários filiados em pelo menos 1/3 dos Estados[512]. Em segundo lugar, a ideia de "confederação sindical" foi objeto de uma interpretação estrita, com base no art. 535 da CLT[513].

Finalmente, o conceito de "entidade de classe", que poderia ser usado como "válvula de escape" para a participação da sociedade civil e movimentos sociais na jurisdição abstrata, foi objeto de uma jurisprudência restritiva, que exigiu que os filiados da entidade estivessem ligados por um vínculo econômico ou profissional[514]. Assim, no julgamento da ADI nº 42, em 24.09.1992, de relatoria do Ministro Paulo Brossard, em que se formulou o entendimento, o Ministro Sepúlveda Pertence destacou que a ideia de "entidade de classe" estaria ligada "sempre à identidade ou semelhança da atividade empresarial ou profissional ou do setor econômico"[515]. Em um momento bastante significativo desta jurisprudência, o STF entendeu que a União Nacional dos Estudantes - UNE, entidade de notória importância na resistência à Ditadura Militar, não possuía legitimidade para provocar o controle abstrato[516]. Apesar de severas críticas doutrinárias, o entendimento tem permanecido até os dias atuais.

Em função disto, fecharam-se as portas da jurisdição constitucional abstrata a grupos unidos por outros interesses, como a defesa de direitos humanos, meio ambiente ou outras causas sociais, enquanto, por outro lado, interesses econômicos e profissionais podem acessar

---

[510] BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 161. O autor argumenta que a ideia se aproximaria, a rigor, do conceito processual de *interesse de agir*, a partir da noção de que deve haver, para os legitimados do inciso IX, uma relação lógica entre o objeto do diploma ou ato impugnado e os objetivos sociais da requerente (*Ibidem*. p. 168).

[511] *Ibidem*, p. 165.

[512] *Loc. Cit.*

[513] *Ibidem*, p. 168.

[514] *Ibidem*, p. 165.

[515] Sarmento aponta que a noção de "classe", diante de sua vagueza, comporta múltiplas possibilidades interpretativas. Diante deste quadro, entretanto, O STF optou em lhe dar um sentido contrário ao espirito democratizante de abertura e participação e objetivos promovidos pela Constituição de 1988 e avesso a uma interpretação sistemática do texto constitucional (SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". *Op. Cit.*).

[516] ADI nº 984. Julgada em 18.11.1993. Cabe destacar que a atuação histórica em prol da defesa das liberdades e contra os regimes autoritários foi um dos argumentos elencados pela Corte para considerar a OAB como legitimado universal, desobrigando-a do requisito da pertinência temática (GUIMARÃES, A. L. N. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade*. *Op. Cit.*, p. 42).

diretamente a jurisdição abstrata[517], situação que se torna ainda mais problemática em função do caráter já marcantemente corporativo da Carta de 1988[518]. Neste sentido, tal jurisprudência teria promovido a inclusão daqueles setores já sobreincluídos e a exclusão dos grupos subincluídos[519].

Diante deste cenário, os pleitos e demandas formulados pelo movimento LGBT, para poderem ser levados à jurisdição abstrata, precisam ou encontrar uma justificação que se inclua no interesse especifico do legitimado especial na questão, distinta da finalidade de promoção da cidadania da comunidade LGBT, capaz de caracterizar o preenchimento do requisito da pertinência temática; ou da chancela de um dos legitimados dito universais.

Como exemplo da situação descrita no primeiro caso, pode-se citar a ADPF nº 132, que pretendia o reconhecimento das uniões homoafetivas, na qual a pertinência temática em relação ao legitimado, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, foi justificada com base na necessidade de saber se as uniões com pessoas do mesmo sexo de servidores estaduais poderiam ser consideradas como famílias para o fim de benefícios estatutários, como licenças, previdência e assistência sociais[520].

No segundo caso, em que o movimento LGBT, impedido de acessar a jurisdição constitucional abstrata em nome próprio, precisa do patrocínio de um legitimado "oficial" para tanto, opera-se uma infantilização destes sujeitos, colocando-os na dependência do beneplácito de outros agentes, quase sempre estatais, e um mascaramento da sua agência.

Tal circunstância apresenta riscos e dificuldades de duas ordens. Em primeiro lugar, é preciso que as demandas encontrem ressonância junto a algum legitimado, o que pode ocorrer ou não por fatores circunstanciais de difícil controle. Significa dizer, "uma norma inconstitucional pode permanecer fora do sistema de controle concentrado simplesmente

---

[517] Assim, "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." (SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". *Op. Cit.*)

[518] Vide nota de rodapé nº 14.

[519] PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit.*, p. 149. Segundo Nunes, "a luta pela afirmação dos direitos de grupos minoritários pela via do controle abstrato de constitucionalidade no STF é um calvário. Um instrumento que foi imaginado para promover a cidadania e garantir a leitura do texto constitucional por grupos minoritários, tornou-se, em sua prática, responsável por enclausurar o texto constitucional, tornando-o um artigo de luxo que, em regra, só pode ser usufruído por 'quem pode". (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 145).

[520] BARROSO, Luís Roberto. "Uniões Homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.425-426. O Ministro Luiz Fux, entretanto, defendeu em seu voto que estaria preenchido o requisito em função de um dever geral do Estado de proteção dos direitos fundamentais, que permitiria ao Governador, enquanto agente público, adotar medidas concernentes à promoção dos direitos fundamentais dos homossexuais.

porque os interessados em sua anulação não conseguiram [...] mobilizar os legitimados para propõe uma ação neste sentido"[521].

É possível supor que quanto mais estigmatizada for uma determinada categoria social, mais difícil que ela consiga sequer encontrar um legitimado empático a acionar a jurisdição abstrata em seu benefício, inclusive em razão dos cálculos de estratégia eleitoral a que estão submetidos legitimados como partidos políticos e Governadores de Estado. Assim, o "paradoxo" de que quanto mais oprimida e politicamente desmobilizada for uma minoria, menor as chances de ela ser protegida pela Suprema Corte[522], é reproduzido no caso brasileiro em um estágio ainda anterior, de acesso ao próprio órgão judicial.

Esta circunstância ganha relevo no caso de movimentos "guarda-chuva" como o LGBT, composto por distintas identidades e vivências, com níveis diferentes de aversão social. Assim, além das disputas internas que podem colocar, por exemplo, as demandas de homens homossexuais a frente das que interessam a pessoas trans, esta assimetria pode ser transplantada para um segundo momento, referente ao interesse de um determinado legitimado em promover os direitos das categorias mais estigmatizadas.

Um exemplo prosaico ilustra bem os riscos e limites do atual modelo de acesso ao controle abstrato. Relatando o processo interno que levou à formulação da ação direta da Procuradoria-Geral da República – PGR acerca das uniões homoafetivas, Daniel Sarmento, então integrante do Grupo de Trabalho de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Ministério Público Federal, narra que a ABGLT, "entidade nacional de enorme representatividade", esteve

---

[521] COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?*: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ, 2014, p. 18. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541>. Acesso em 11 out. 2016.

[522] Nesse sentido, Michael Klarman afirma que o "direito constitucional geralmente tem flexibilidade suficiente para acomodar a opinião pública dominante, à qual os *Justices* têm pouca inclinação, e poder limitado, para resistir. [...] Neste sentido, as cortes tendem a proteger apenas aquelas minorias encaradas de forma favorável pela opinião majoritária. Ironicamente, quando um grupo minoritário mais precisa de proteção judicial, por causa de opressão severa, é menos provável que ele a receba. Grupos precisam controlar poder social, político e econômico significativo antes de se tornarem candidatos atraentes para a consideração judicial. Os justices não teriam sequer considerado proteger mulheres e gays sob a cláusula da igual proteção antes dos movimentos pelos direitos das mulheres e dos gays. ("*constitutional law generally has sufficient flexibility to accommodate dominant public opinion, which justices have little inclination, and limited power, to resist* [...] *Accordingly, courts are likely to protect only those minorities that are favorably regarded by majority opinion. Ironically, when a minority group is most in need of judicial protection, because of severe oppression, it is least likely to receive it. Groups must command significant social, political, and economic power before they become attractive candidates for judicial solicitude. The justices would not have dreamed off protecting women or gays under the equal protection clause before women's and gay rights movements*"; KLARMAN, Michael J. "Courts, Congress and Civil Rights". In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005, p.182).

ativamente envolvida no projeto, mas estava à mercê da vontade política do ocupante ocasional do cargo do legitimado em levar à frente a ação[523].

Diante da demora do Procurador-Geral da República em propor a ação, em uma reunião com representantes do movimento LGBT, Daniel Sarmento narra ter mencionado a legitimidade dos Governadores de Estado para acionar o controle concentrado. Diante desta informação, Carlos Tufvesson, famoso estilista e ativista LGBT, disse ter excelente relação pessoal com o então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que teria posição favorável ao pleito, tendo ficado de pedir para que o mesmo ajuizasse a ação[524].

Como se sabe, ambas as ações – a do Governador do Estado do Rio de Janeiro, e a da PGR – vieram a ser ajuizadas, de forma que "o final da estória foi feliz", mas tal circunstância decorreu de um "acaso incomum"[525]. Como se vê, a garantia do direito por meio da propositura da ação pelo Governador do Estado esteve condicionada a fatores absolutamente eventuais decorrentes da posição pessoal do então ocupante do cargo sobre o tema, da intermediação de um ativista com quem tinha uma relação de amizade, de o referido ativista ter se informado acerca da legitimidade dos Governadores de Estado, etc.

A maioria das ações de controle abstrato que tratam dos direitos LGBT foi movida pela PGR. Todavia, em todos os casos, as ações foram deflagradas por Vice Procuradoras-Gerais da República em exercício interino do cargo de Procurador-Geral, nunca pelos próprios Procuradores-Gerais da República: Deborah Duprat no caso da ADI nº 4.277, sobre uniões homoafetivas, e da ADI nº 4.275, acerca da possibilidade de alteração de prenome e sexo registral por pessoas transexuais, independente da cirurgia de transgenitalização[526], e Helenita Acioli no caso da ADPF nº 291, que pretendia reconhecer a não recepção do art. 235 do CPM ("pederastia ou outro ato de libidinagem"). Com efeito, na ADPF nº 291, o Procurador-Geral da República posteriormente elaborou parecer como *custos legis* pelo desprovimento da ação, o que denota a posição pessoal contrária do chefe do Ministério Público ao pleito. Este exemplo demonstra que a garantia de direitos fundamentais de determinadas categorias pode estar

[523] SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". *Op. Cit.*
[524] *Ibidem.*
[525] *Ibidem.*
[526] No curto período em que ocupou o cargo, Deborah Duprat assumiu uma postura ativa na busca pelo avanço de demandas progressistas que incluiu, além do ajuizamento das duas ações citadas, entre outros, parecer favorável à interrupção de gravidez de feto anencefálo (ADPF nº 54) e ajuizamento da ADI nº 4.724, que visava a reconhecer a legitimidade das manifestações em defesa da legalização das drogas ("marcha da maconha"). Como se vê, algumas das mais importantes decisões recentes do STF em matéria de direitos fundamentais tiveram influência decisiva da vontade pessoal de determinado agente que ocupava circunstancialmente o papel de um legitimado.

submetida à eventual identificação pessoal dos detentores circunstanciais de cargos políticos com aquelas demandas.

Em segundo lugar, mesmo *se* um dos legitimados resolver "comprar" a briga em nome do movimento LGBT, movendo uma ação direta para a promoção de uma determinada demanda, cabe questionar *como* isso será feito. Isto porque, impedidos de pleitear em nome próprio, os movimentos sociais perdem o seu protagonismo, ficando alijados de definir suas próprias estratégias processuais. O legitimado detém, em última instância, a palavra final sobre qual demanda deve ser priorizada, com base em qual fundamentação a mesma deve ser defendida, etc[527]. Segundo Evorah Cardoso, esta circunstância gera o risco de "conflitos de interesse" e de que os movimentos e sujeitos diretamente interessados percam "o controle do caso"[528].

Assim, o problema referido anteriormente acerca da tradução de demandas sociais para a linguagem técnico-jurídica, e todas as limitações e adaptações que daí advém, é maximizado, uma vez que as demandas podem acabar passando por um processo de "dupla-tradução", ao serem submetidos a uma primeira realizada pelo próprio movimento, que será posteriormente objeto de nova conformação pelo legitimado.

Neste sentido, acerca das ações sobre uniões homoafetivas e aborto de fetos anencefálos, Juliana Cesário Alvim Gomes destaca que:

> Em ambos os casos, durante a elaboração das ações, estiveram envolvidas entidades representativas dos interesses em jogo — respectivamente, entidades LGBTs e de mulheres. Entretanto, na hora de propor a ação, foi necessário mascarar a demanda com a indumentária institucional, acionando-se os legitimados à luz da jurisprudência restritiva do STF, sem que as entidades representativas das categorias em questão pudessem elas próprias veicular seus entendimentos constitucionais. A sujeição de seus interesses a intermediários, por sujeitarem-nas a ponderações externas e a todo tipo de barganha, frequentemente leva à perda de sua autonomia no processo.[529]

Por outro lado, Damares Medina relaciona o acesso limitado à jurisdição constitucional concentrada ao crescente alargamento da participação dos *amici curiae* junto ao STF, como

---

[527] Assim, "mesmo que, por uma via alternativa, a demanda alcance o Tribunal, não há garantias de que os argumentos que esses grupos defendem sobre seus próprios direitos serão levados em conta pela Corte. Portanto, mesmo uma conquista por direitos pode ser acompanhada pela total desatenção à interpretação que o grupo minoritário oferece do dispositivo constitucional em discussão. (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 143)

[528] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 96.

[529] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* , pp.122-123.

forma de reduzir o déficit de legitimidade da corte[530]. A solução, entretanto, deixa a desejar, na medida em que os *amici curiae* não dispõem das mesmas capacidades processuais dos legitimados do art. 103, não podendo, por exemplo, deflagrar eles mesmos a jurisdição abstrata, somente participar de um processo já existente. Persistem, portanto, todas as problemáticas acima referidas[531].

Estudo recente desenvolvido na UnB, em que foram analisadas as ADIs distribuídas até o final de 2012, demonstrou o desacerto de uma visão de que o STF teria uma atuação profundamente destacada na defesa de direitos fundamentais. Com efeito, casos moralmente divisivos, como as uniões homoafetivas, apesar de sua notoriedade, representam uma parcela reduzida de decisões num mar de discussões corporativas e administrativas[532]. Assim, o maior cliente da jurisdição abstrata é o próprio Estado, e as discussões costumam revolver em torno de argumentos formais como Separação de Poderes e Federalismo[533].

Diante deste quadro, Sarmento aponta um cenário de distorção e empobrecimento da agenda do STF, em que ainda é rara atuação na defesa de 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".[534]

Por fim, cabe destacar que a Corte, mais recentemente, tem dado sinais no sentido da revisão deste entendimento tradicional[535]. Assim, em decisão monocrática na ADI nº 5.291, proferida em 11.05.2015, o Ministro Marco Aurélio, que tinha ficado vencido no julgamento da legitimidade da UNE, reconheceu a legitimidade do Instituto Nacional de Defesa do Consumidor – Idecon, associação de defesa dos direitos dos consumidores, protestando

---

[530] MEDINA, D. Amicus Curiae. *Op. Cit.*, p. 30.
[531] Em igual sentido, SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". Op. Cit.
[532] COSTA, A. A.; BENVINDO, J. Z. (Coord.) *A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?*. *Op. Cit.*, pp. 72-73.
[533] *Ibidem*, pp. 77-78.
[534] SARMENTO, D. "Dar voz a quem não tem voz". *Op. Cit.* No mesmo sentido, "não é possível afirmar, de maneira coerente, que um dos elementos que justifica a chamada atuação 'contramajoritária' do Tribunal é a proteção de minorias, ao mesmo tempo que se cria barreiras intransponíveis para que tais minorias tenham acesso a uma das esferas da jurisdição da Corte. A jurisprudência atualmente vigente acerca do controle de constitucionalidade, portanto, age na contramão das próprias razões que são utilizadas para legitimar o papel exercido pelo Tribunal" (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 194).
[535] GUIMARÃES, A. L. N. Participação Social no Controle de Constitucionalidade. *Op. Cit.*, pp. 9-11.

expressamente pela superação do entendimento tradicional[536]. Entretanto, a efetiva reversão desta jurisprudência ainda é uma incógnita, na medida em que o assoberbamento da Corte persiste como uma preocupação e que os Ministros possuem grande liberdade para, em decisão monocrática, negar seguimento a ações diretas propostas em razão da ilegitimidade da requerente[537].

Pode-se concluir, diante do exposto que, embora não se possa negar uma relativa abertura e democratização do STF com a Constituição de 1988, que possibilitou a um número maior de agentes sociais vocalizar suas demandas e interpretações constitucionais junto ao órgão, tais avanços devem ser colocados sob perspectiva. A conclusão, na linha exposta por Alonso Freire, é que "o acesso à jurisdição constitucional do Tribunal encontra-se bloqueado ao cidadão comum e à sociedade civil em geral"[538].

Sobre o presente tema, a experiência comparada oferece alguns insumos interessantes para o debate. Neste sentido, o acesso ao controle concentrado e abstrato da Corte Constitucional colombiana franqueado a qualquer cidadão é elencado por Alonso Freire como um dos principais diferenciais do órgão em relação ao STF. Tal circunstância, segundo o autor, teria permitido àquele órgão um acervo de decisões referentes à proteção de direitos fundamentais e minorias mais rico e uma pauta decisória mais diversificada. A revisão por parte do STF de sua interpretação em relação ao art. 103, IX da Constituição teria o condão de provocar de *lege lata* uma maior abertura do órgão à sociedade civil e aos movimentos sociais, com a consequente alteração do seu papel institucional[539].

Sobre o tema, Iturralde argumenta que a possibilidade facilitada de acesso à Corte Constitucional é um "poderoso e promissor mecanismo de redistribuição de poder político e

---

[536] "Estou convencido, a mais não poder, ser a hora de o Tribunal evoluir na interpretação do artigo 103, inciso IX, da Carta da República, vindo a concretizar o propósito nuclear do constituinte originário – a ampla participação social, no âmbito do Supremo, voltada à defesa e à realização dos direitos fundamentais
A jurisprudência, até aqui muito restritiva, limitou o acesso da sociedade à jurisdição constitucional e à dinâmica de proteção dos direitos fundamentais da nova ordem constitucional. Em vez da participação democrática e inclusiva de diferentes grupos sociais e setores da sociedade civil, as decisões do Supremo produziram acesso seletivo. As portas estão sempre abertas aos debates sobre interesses federativos, estatais, corporativos e econômicos, mas fechadas às entidades que representam segmentos sociais historicamente empenhados na defesa das liberdades públicas e da cidadania".

[537] Com efeito, mesmo Ministros mais novos, como Teori Zavascki, têm adotado a interpretação tradicional e restritiva sobre o conceito de "entidade de classe". Assim, por exemplo, em seu voto como relator na ADI nº 4.770, julgada em 18.12.2014, consignou que: "Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, a locução 'entidade de classe' é mensageira de um conceito de implicações necessariamente econômicas, a embutir a ideia de representação de interesses de uma determinada categoria profissional e/ou econômica. Não é suficiente, portanto, que a entidade patrocine interesses comuns a um segmento de expressão meramente social"

[538] FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF". *Op. Cit.* p 635.

[539] *Ibidem*, pp. 633 *et seq.*

social"[540], principalmente em razão do recurso à Corte ter sido usado cada vez mais por grupos estigmatizados que não encontram respaldo para as suas demandas nem nos poderes políticos tradicionais, nem nos demais órgãos judiciais. Neste sentido, o autor dá destaque especial à possibilidade de a abertura do controle concentrado de constitucionalidade trazer ganhos diretos não apenas por meio do reconhecimento de direitos, mas também ganhos indiretos ao promover uma transformação do debate público, incluindo novos interlocutores, de tal forma que "o acesso à justiça constitucional se tornou um mecanismo poderoso de efetiva participação democrática em face de um debate público deficiente no Congresso"[541]. O recurso à Corte Constitucional envolve, neste sentido, mais do que a mera contestação de uma determinada norma, mas a chance de ser ouvido e reconhecido na esfera pública[542].

O retrato da jurisprudência colombiana sobre o tema dos direitos homossexuais retrata bastante essa lógica, na medida em que a Corte não apenas dispõe de um acervo muito mais extenso de decisões, como também estas foram fruto de uma atuação estratégica promovida diretamente e com protagonismo dos próprios agentes interessados, por meio da organização de entidades formais do movimento social dedicadas ao litígio estratégico. Os efeitos provocados pela sucessão de julgamentos junto à Corte Constitucional, ademais, produziram grande debate público e alguma mudança cultural na sociedade sobre o tema.

Neste sentido, analisando especialmente as diferenças dos desenhos institucionais do STF e da Corte Constitucional colombiana, Evorah Cardoso destaca de forma bastante conclusiva que:

> a forma mais importante de participação dos atores da sociedade civil em cortes supremas seja a legitimidade ativa para propor ações. Com isso pode-se pautar mais diretamente a agenda de direitos dos tribunais, além de se ter

---

[540] "[*access to constitutional justice in Colombia*] *has become a powerful and promising mechanism of redistribution of political and social power*" (ITURRALDE, M. "*Access to constitutional justice in Colombia*". *Op. Cit.* p. 370).

[541] "*access to constitutional justice has become a powerful mechanism of effective democratic participation in the face of a deficient public debate in Congress*" (*Ibidem*, p. 388). Evorah Cardoso destaca que a facilidade dos movimentos sociais colombianos acessarem a Corte Constitucional do país, em oposição à dificuldade de acesso aos poderes Legislativo e Executivo, "espaços políticos pouco permeáveis a demandas sociais, autoritários, corruptos ou cooptados por grupos de interesse, como paramilitares" (CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 51).

[542] "Este tipo de controle constitucional sobre as normas legais que a Corte Constitucional exerce se tornou uma ferramenta valiosa para promover uma democracia deliberativa e mais inclusiva, uma vez que grupos tradicionalmente excluídos e marginalizados, bem como os movimentos sociais e organizações não governamentais que militam pelos seus direitos, também recorrem à Corte não apenas para contestar uma dada lei, mas também para ser ouvido e reconhecido ("*This kind of constitutional control over legal norms that the Constitutional Court exerts becomes a valuable tool to promote a deliberative and more inclusive democracy, since traditionally excluded and marginal groups, as well as the social movements and nongovernmental organizations that advocate for their rights, also resort to the Court, not simply to challenge a statute, but to be heard and acknowledged*"; ITURRALDE, M. "*Access to constitutional justice in Colombia*". *Op. Cit*, p. 384).

> liberdade para formular as demandas e a estratégia de interpretação do direito, conforme a agenda da própria entidade.[543]

3.2. Acesso ao Controle Concreto

O controle concreto no Brasil, via de regra, é exercido difusamente por qualquer juiz e tribunal, atuando o STF como instância recursal, por meio do recurso extraordinário, ou, ainda, por meio de reclamação constitucional. A possibilidade do exercício do controle subjetivo mitiga as limitações existentes no controle objetivo em relação à possibilidade de algumas questões chegarem ao Tribunal. Neste sentido, além das barreiras construídas pelo próprio STF quanto ao seu acesso por meio das ações diretas, analisadas na seção anterior, deve ser destacado que o sistema de controle abstrato apresenta restrições que lhe são inerentes. Tradicionalmente, se entende que a função do controle objetivo é garantir a higidez do ordenamento jurídico[544], independentemente de um conflito intersubjetivo, isto é, de um "pano de fundo" fático. Significa dizer, o controle objetivo opera como um mecanismo de correção abstrata do ordenamento normativo. Por outro lado, são cada vez mais raras as hipóteses de discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero facilmente identificadas com uma norma específica do ordenamento brasileiro. A mais explícita destas, o crime de pederastia previsto no art. 235 do CPM, foi, em alguma medida, recentemente resolvida pelo STF na ADPF nº 291[545]. Por outro lado, a ausência de discriminações e violações de direitos fundamentais no "mundo das normas" não importa necessariamente na sua inexistência no "mundo dos fatos". Neste sentido, uma vantagem do processo subjetivo é a possibilidade de lidar com uma variedade maior de situações concretas de violação de direitos, que ocorrem independentemente da existência de um diploma normativo discriminatório a embasar a

---

[543] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 95.
[544] BARROSO, L. R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. *Op. Cit.* pp. 153-154.
[545] Como situações de discriminação ainda presentes no ordenamento jurídico e facilmente identificadas com uma norma específica – ambas já submetidas ao controle abstrato do STF – podemos citar a vedação da doação de sangue de pessoas homossexuais, objeto da ADI nº 5543, e as restrições para a alteração do nome e sexo registrais das pessoas trans, objeto da ADI nº 4275.

conduta[546] e que possa servir de objeto a deflagrar o controle direto[547]. Não por acaso, por exemplo, o tema do tratamento social das pessoas transexuais de acordo com o gênero de identificação, a partir da questão do uso dos banheiros, que envolve uma situação de inconstitucionalidade caracterizada por um conjunto de condutas públicas e privadas, foi submetida ao STF em sede de controle concreto, por meio de recurso extraordinário.

Outro problema inerente ao controle abstrato que o controle concreto ajuda a solucionar diz respeito à "limitação epistêmica" do Legislativo e do Judiciário[548]. Significa dizer, o legislador, ao elaborar o ato normativo, e o juiz, ao analisar abstratamente a sua constitucionalidade, não são capazes de antever todas as diversas hipóteses de aplicação e consequências que aquele ato vai concretamente produzir no mundo real[549]. O controle subjetivo permite que, uma vez ocorrendo uma situação concreta de inconstitucionalidade não antecipada, a mesma possa ser judicialmente questionada[550]. Neste sentido, além da evidente limitação cognitiva humana, deve-se levar em conta que os juízes são membros da elite e, na maioria das vezes, pertencentes a grupos e identidades hegemônicos, o que aumenta o risco de

---

[546] A noção de diploma normativo discriminatório não deve se limitar, por outro lado, às situações em que a discriminação é proposital e objetivada pelo ato normativo, a chamada discriminação direta, mas abranger também as hipóteses de discriminação indireta, que ocorrem quando um ato normativo neutro produz um impacto diferenciado sobre um determinado grupo. Sobre o tema da discriminação direta e indireta vide: RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; e CORBO, Wallace de Almeida. *Por que não uma igualdade "para valer"?*: reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no brasil. 2015. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

[547] Jane Reis e Gabriel Gonçalves argumentam que o fenômeno da inconstitucionalidade é tradicionalmente entendido a partir de um paradigma legiscêntrico que toma a inconstitucionalidade como um problema inter-normativo, i.e., como um conflito da norma infraconstitucional com a Constituição, ao passo que à violação constitucional, principalmente em países muito desiguais, ocorre muitas vezes de forma de multidimensional ou sistêmica (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. "Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição". In: *Juris Poiesis*: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, nº 18, 2015, pp. 131-132). Visando a justamente combater este tipo de situação, o STF recentemente reconheceu na ADPF n° 347 a existência de um "Estado de Coisas Inconstitucional" no sistema carcerário brasileiro. Esta ideia, originalmente desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, visa a lidar com uma situação de inconstitucionalidade estrutural que derive de um conjunto complexo de ações e omissões de diversos agentes públicos ou privados que representem a violação de direitos de uma multiplicidade de sujeitos, não estando identificadas com um diploma normativo individualizado.

[548] Agradeço à Wallace Corbo por sugerir a reflexão quanto a este ponto.

[549] Ademais, as instâncias políticas, guiadas pelo princípio majoritário, podem simplesmente não dar atenção suficiente durante o processo de produção das normas jurídicas ao impacto e eventuais consequências negativas que estas possam ter sobre um determinado grupo minoritário.

[550] Por outro lado, uma contracrítica que poderia ser apresentada, usualmente levantada no tema do controle judicial de políticas públicas e alocações orçamentárias, é a de que em processos subjetivos, especialmente de índole individual, os juízes realizam a chamada "micro-justiça", com foco exclusivamente naquele caso concreto ("visão de túnel"), sem que se dê atenção adequada às consequências daquela decisão específica ou aos efeitos sistêmicos que a multiplicação de decisões idênticas pode produzir. O controle abstrato, por outro lado, teria por vantagem estar relacionado à "macro-justiça", na medida em que os impactos da decisão sobre o sistema jurídico seriam considerados de forma ampla. Sobre o assunto, vide: BARCELLOS, Ana Paula de. "Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático". In: *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 3, 2006, pp. 17-54.

que deixem de levar em consideração em sede de controle abstrato uma eventual consequência ou aplicação inconstitucional da norma em relação a um grupo estigmatizado. Neste sentido, o controle concreto pode "abrir-lhe os olhos" para uma situação não antevista[551].

Por outro lado, o uso do controle concreto para a defesa e promoção dos direitos LGBT pressupõe a existência de ações e mecanismos processuais adequados e eficientes para a tutela de direitos fundamentais. A Constituição de 1988 previu uma série de ações, tradicionalmente denominadas de remédios constitucionais, para lidar com as situações de violação dos direitos nela previstos. Todavia, estas ações apresentam escopo limitado e se submetem a uma série de requisitos e condicionantes que diminuem o seu impacto[552]. Assim, segundo Jane Reis:

> Nesse cenário, o detalhado 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 conjunto de requisitos impostos para litigar encerra, em última análise, uma escolha política em desfavor dos direitos fundamentais existenciais.[553]

A título de comparação, a ação de amparo argentina e a ação de tutela colombiana, analisadas brevemente no Capítulo anterior, possuem aplicabilidade muito maior do que os diversos remédios constitucionais brasileiros, podendo ser caracterizadas como "ações especiais de tutela dos direitos fundamentais de perfil simplificado". Ambas as ações, por exemplo, podem ser utilizadas para a tutela de qualquer direito constitucional fundamental[554], além de apresentar requisitos muito menos rígidos do que os remédios constitucionais brasileiros. Assim, por exemplo, a propositura da ação de tutela colombiana sequer necessita que a parte esteja representada por advogado, o que no Brasil ocorre somente com o *habeas corpus*. A presença de uma ação especificamente voltada à defesa dos direitos constitucionais, simples e efetiva, é um dos fatores que ajudam a explicar que a Corte Constitucional daquele país tenha uma jurisprudência de proteção de direitos fundamentais muito mais rica que a do

---

[551] Esta mesma função pode ser exercida também no controle abstrato por meio da pluralização do debate promovida pelos *amici curiae* e audiências públicas. Na prática, entretanto, estes mecanismos apresentam uma série de limitações e deficiências, conforme será explorado no seguimento.

[552] Assim, o remédio constitucional mais simplificado e acessível, o *habeas corpus* é voltado somente para a tutela de um direito específico, a liberdade ambulatorial, enquanto o remédio com objeto mais amplo, o mandado de segurança, se submete a uma série de limitações, como, por exemplo, pré-constituição da prova e previsão de um prazo bastante curto para sua impetração.

[553] PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit.*, p. 145.

[554] O art. 43 da Constituição de Argentina, por exemplo, ao disciplinar a ação de amparo inclui em seu escopo explicitamente a proteção de direitos relativos ao acesso e correção de informações e dados pessoais que no Brasil são objeto de remédio específico (*habeas data*).

STF[555]. Tal circunstância ganha relevo na proteção dos grupos mais estigmatizados; como visto, ao contrário do que ocorreu com a proteção dos direitos dos casais homoafetivos, a proteção judicial das pessoas trans pela Corte Constitucional da Colômbia tem sido feita especialmente em sede de controle concreto.

Não por acaso, em que pese dominaram largamente a pauta do STF[556], os recursos extraordinários não são caracterizados em sua maioria por tratarem de questões relacionadas a direitos e liberdades fundamentais. A agenda decisória do STF em sede de controle concreto sofre do mesmo descolamento observado no controle abstrato entre o argumento legitimador de defesa dos interesses e direitos das minorias e a atuação prática em que esses casos são residuais. A atuação do órgão em sede recursal é praticamente monopolizada pelo Estado e entes públicos[557], o que denota uma prevalência de discussões fazendárias, previdenciárias e estatutárias, por vezes comezinhas, muito distantes das "grandes questões constitucionais" que marcam os seus julgamentos mais famosos.

Evidentemente, outros fatores ajudam a explicar essa agenda decisória relativamente empobrecida. Assim, Evorah Cardoso destaca a baixa presença de entidades e grupos da sociedade civil voltados especificamente para a defesa judicial de uma agenda de direitos[558]. Fatores como o custo do litígio estratégico e a própria desmobilização e desorganização interna destes grupos tornam muito difícil para entidades do movimento LGBT atuar diretamente na defesa dos seus interesses. Considerando esta atuação especificamente no tocante ao controle concreto junto ao STF, Jane Reis dá destaque aos vários requisitos formais para a correta formulação de um Recurso Extraordinário passível de ser conhecido, 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[559]. Não por

---

[555]FREIRE, A. "Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF" Op. Cit., pp. 595-596; NUNES, D. C. Corte Constitucional da Colômbia. *Op. Cit*.

[556] FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Número:* O Múltiplo Supremo. FGV Rio, 2011, p. 21; ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, p. 416.

[557] FALCÃO, J.; CERDEIRA, P. C.; ARGUELHES, D. W. *I Relatório Supremo em Número. Op. Cit.*, pp. 66 *et seq*.

[558] CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit.*, p. 24.

[559] PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit,* p. 143. No mesmo sentido, Juliana Cesário descreve um Supremo "socialmente seletivo", em razão da dificuldade por que passam minorias e grupos socialmente vulneráveis para defender diretamente junto ao tribunal seus direitos, em razão da dificuldade de se acessar os Ministros por meio de audiências, que grupos representados por advogados de elite costumam ter mais facilidade em conseguir; a baixa antecedência na divulgação da pauta, possibilidade de alteração da pauta de véspera ou mesmo o seu não atendimento, o que pode obrigar viagens repentinas e por vezes inúteis a Brasília, comprometendo a participação destes grupos nas sessões de julgamento; e mesmos restrições no tocante, por exemplo, a vestimenta altamente formal necessária à participação na liturgia do tribunal (GOMES, Juliana Cesário Alvim. Um Supremo socialmente seletivo. *Jota*, publicado em 1º fev. 2016. Disponível em

acaso, portanto, a única entidade do movimento LGBT organizado a atuar sistematicamente junto ao STF é a ABGLT, que dispõe de mais recursos e organização[560]. Corroborando esta percepção, Coacci, em estudo que analisou as decisões relativas a direitos homoafetivos no STF e no STJ no período entre 1989 e 2012, apontou que os julgamentos, em sua maioria, "não possuem participação imediata e direta de entidades do Movimento LGBT"[561].

Por outro lado, diante desta desmobilização relativa da sociedade civil, a promoção e defesa no Brasil dos direitos fundamentais tem sido feito em grande medida pelo próprio Estado, por meio da Defensoria Pública e, principalmente, do Ministério Público[562]. Com efeito, o Ministério Público foi um dos principais beneficiados pela Constituição de 1988, em que foi positivado como "instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado" (art. 127)[563]. Este papel destacado se reflete na previsão de amplas atribuições e poderes, além de garantias para a instituição e os membros individuais, tendo a nova ordem constitucional conferido ao Ministério Público a natureza de órgão constitucional autônomo, "quase erigindo-o a um quarto Poder"[564].

<http://jota.info/um-supremo-socialmente-seletivo>. Acesso em 11 out. 2016). Embora a Ministra Carmen Lúcia, recém empossada na presidência para o biênio 2016/2018, venha buscando tentar melhorar um pouco a situação de "obscuridade" da agenda do STF por meio da divulgação antecipada da pauta mensal de julgamentos, trata-se de uma prática institucional recente cuja permanência e efeitos ainda são incertos.

[560] Conforme analisado na introdução, para Charles Epp, um dos fatores que explicariam a "revolução de direitos" ocorrida nos EUA seria a justamente presença de "estruturas de apoio". Segundo o autor: "a revolução de direitos surgiu da crescente capacidade de ativistas de direitos individuais de praticar as formas de litigância constitucional aperfeiçoadas por negócios organizados, mas para fins muito diferentes. O crescimento da estrutura de apoio, portanto, democratizou o acesso à Suprema Corte de forma significativa" ("*The rights revolution grew out of the growing capacity of individual rights advocates to pursue the forms of constitutional litigation perfected by organized businesses, but for very different ends. The growth of the support structure, therefore, significantly democratized access to the Supreme Court*"; EPP, C. R. *The Rights Revolution*. *Op. Cit*, p. 3).

[561] COACCI, Thiago. *Do Homossexualismo à Homoafetividade*: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012. 2014. 251 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 228.

[562] CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit*, pp. 28 e 48. Assim, Vianna *et al* destacam como, na ausência de uma cultura cívica de associativismo, a "judicialização das relações sociais" assumiu um papel central na luta social (VIANNA, L. W. *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. *Op. Cit.*, pp. 149 *et seq*)

[563] A bem da verdade, a mudança do papel institucional do Ministério Público iniciou-se antes do processo constituinte por meio, por exemplo, da edição das Leis nº 6.938/81 ("Política Nacional do Meio Ambiente") e nº 7.347/85 ("Lei da ACP"), que lhe incumbiram da defensa de direitos e interesses coletivos. A Constituição de 1988, entretanto, representa o ápice e o aprofundamento desta transformação (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. "O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política". *Op. Cit.*, pp. 402-403; DA ROS, Luciano. "Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação". In: Revista Política Hoje, v. 18, n. 1, 2009, pp. 32 *et seq*).

[564] MAZZILLI, Hugo Nigri. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 39. Assim, segundo Carvalho e Leitão: "Dentre tais instituições, a que mais sofreu modificações significativas pela Constituinte de 1987/88 foi o Ministério Público. Isto porque, anteriormente ligado ao Executivo, a instituição adquiriu autonomia funcional, passando a ser independente de todos os Poderes do Estado e a deter atribuições bastante reforçadas de representante da sociedade. Sem dúvida, essa mudança de status fez com que o Ministério Público fosse capaz de atuar como um relevante ator político". (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. "O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política". *Op. Cit*, p. 400)

Assim, Constituição de 1988 previu ser mister do Ministério Público "a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (art. 127) e a "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, II). O Ministério Público foi pensado, portanto, como um órgão para a defesa e promoção dos direitos constitucionais, dentro da ideia geral da Constituição de garantir a sua própria efetividade e concretização. Desta forma, mesmo diante de eventual dificuldade da sociedade civil e de grupos específicos em fazerem respeitar os seus próprios direitos, o cumprimento da Constituição estaria garantido[565]. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:

> Considerou-se também a necessidade de atribuir competência ao Ministério Público para a proteção e promoção dos direitos que fossem de todo o povo, além dos direitos assegurados a pessoas e grupos sociais mais frágeis, com impossibilidade ou grande dificuldade para cuidar dos seus próprios direitos.[566]

Diante deste quadro, considerando a desmobilização relativa do movimento LGBT organizado e a estigmatização das identidades e sujeitos que ele visa representar, o Ministério Público teria um papel primordial na promoção da cidadania LGBT. Não obstante, a sua atuação na defesa dos direitos LGBT tem sido errática e inconstante, dependendo muitas vezes das visões individuais dos membros acerca do tema[567]. Tal situação que, como visto, se observa no

---

[565] O argumento de "hipossuficiência da sociedade brasileira" para defender os seus próprios direitos e interesses foi utilizado pelo *lobby* do Ministério Público junto à constituinte para garantir a transformação do papel da instituição na nova carta (*Ibidem*, p. 405). Assim: "neste sentido, é lícito afirmar que os grupos cuja titularidade de proteção jurisdicional pertence ao Ministério Público são tipicamente grupos detentores do que se poderia chamar de "*direitos especiais*", isto é, grupos cujas situações envolvem o reconhecimento pelos outros indivíduos da necessidade de tratamento diferenciado. A defesa jurisdicional dos interesses de portadores de deficiência, de crianças, de adolescentes, de idosos e de minorias étnicas são exemplos claros dessa tendência àquilo que se poderia designar ser uma "*tutela ao reconhecimento*" (DA ROS, L. "Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo". *Op. Cit.* p. 37).

[566] DALLARI, Dalmo de Abreu. "Ministério Público: advogado do povo". In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, p. 84.

[567] Deve-se destacar que uma das garantias institucionais do Ministério Público é justamente a independência funcional dos seus membros, o que permite uma atuação livre de pressões externas ou internas, como forma de garantir a defesa da Constituição. Esta independência, por outro lado, pode representar riscos em relação à *accountability* na atuação concreta dos membros e à missão institucional do órgão de defesa dos direitos de grupos socialmente vulneráveis. Ernani e Leitão entendem que: "essas duas características, a falta de uma estrutura hierárquica e independência funcional dos promotores, criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério Público [...]. Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos devem ter seus direitos defendidos de forma isônoma" (CARVALHO, E.; LEITÃO, N. "O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política". *Op. Cit*., p. 403). Os autores apresentam um retrato bastante crítica da falta de *accountability* em relação à atuação dos membros individuais, aos quais seria garantida uma alta dose de discricionariedade a despeito da falta de legitimação democrática formal, o que levantaria o paradoxo de uma instituição voltada precipuamente ao controle de outros agentes e poderes não ter mecanismos eficientes para o seu próprio controle (*Ibidem*, pp. 408-414). Em sentido semelhante: "não obstante

âmbito do controle abstrato, a depender de quem ocupa circunstancialmente a cadeira de PGR, ocorre também no bojo do controle concreto, e com maior intensidade, na medida em que envolve a atuação pulverizada de promotores e procuradores por todo o Brasil[568].

Um exemplo eloquente dessa circunstância diz respeito à diferença entre a atuação do Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul e do Ministério Público Federal no mesmo Estado ao longo dos anos 1990 e 2000 em torno da questão dos direitos previdenciários dos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Assim, a Procuradoria da República no Rio Grande do Sul foi responsável pela propositura da ACP junto à seção judiciária gaúcha da Justiça Federal que garantiu os direitos previdenciários dos casais formados por pessoas do mesmo sexo[569]. Por outro lado, se o TJRS ficou famoso pelo seu progressismo no campo dos direitos homoafetivos neste período, o *parquet* daquele Estado apresentou posição diametralmente oposta, "recorrendo invariavelmente ao STJ das decisões favoráveis"[570].

Outros casos emblemáticos da atuação do Ministério Público na contramão da cidadania das pessoas LGBT podem ser citados. O RE nº 846.102, por exemplo, foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Paraná visando restringir a possibilidade de adoção por um casal de dois homens a crianças do sexo feminino e acima de determinada idade[571]. Mesmo conquistas que parecem mais sedimentadas no direito brasileiro têm sido objeto de questionamento: recentemente o Ministério Público Federal no Estado do Rio de Janeiro

---

a criação de mecanismos formais de controle interno e externo, a outorga dessa ampla autonomia e de amplos poderes ao MP resultou numa espécie de 'cheque em branco', que tende a ser preenchido de acordo com inclinações e posicionamentos ideológicos ou idiossincráticos dos membros da instituição. O que as poucas pesquisas existentes têm mostrado e a do CESeC, como se verá, confirma é que aos imensos recursos postos à disposição do MP não correspondem padrões institucionais de atuação nas diferentes áreas de que o órgão está incumbido. Há, sem dúvida, promotores e procuradores que enxergam o MP como poderoso garantidor de direitos e instrumento de justiça para as camadas desfavorecidas da população, mas boa parte tende a restringir-se às funções tradicionais, dependendo as diferenças mais de características individuais – como trajetória ou orientação política – do que dos recursos de atuação com que o órgão pode contar" (LEMGRUBER, Julita, *et al. Ministério Público*: guardidão da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: CESeC, Universidade Cândido Mendes, 2016, p. 14)

[568] Neste sentido, Evorah Cardoso entende que muitas vezes no Brasil a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil ocorre de forma complementar ao Estado; por exemplo, por meio da uma representação ao Ministério Público para que este então aja na defesa judicial de um determinado interesse. Tal situação faz com que estas entidades devam ter, além de uma agenda de direitos, uma agenda de reforma institucional, que vise tornae estes órgãos mais democráticos, transparentes e receptivos às suas demandas (CARDOSO, E. L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit*, p. 30). Em sentido oposto, por outro lado, a supracitada pesquisa realizada pelo CESeC observou uma série de práticas que tendem a afastar as pessoas do órgão e impulsionar um trabalho exclusivamente "de gabinete" dos membros, como, por exemplo, as dificuldades para se entrar em contato com os promotores e a opulência e forte esquema de segurança que cerca os prédios da instituição (LEMGRUBER, J, *et al*. *Ministério Público*. *Op. Cit.* p. 60).

[569] Processo nº 2000.71.00.009347-0.

[570] COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Ci*, p. 226.

[571] Com efeito, o tema da adoção homoafetiva é fértil em exemplos de resistência da instituição ao avanço dos direitos LGBT, conforme será exposto na seção 4.1.1.

ajuizou uma ACP, subscrita por três procuradores da república, que buscava a anulação judicial da Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia que proíbe estes profissionais de oferecer tratamentos voltados à mudança de orientação sexual ("cura gay"), alegando que a mesma representaria uma limitação ao exercício profissional[572].

Por outro lado, além desta possibilidade de atuação em sentido contrário à promoção dos direitos LGBT, existe também o risco de que o Ministério Público simplesmente se omita[573]. A deficiência da sociedade civil na defesa dos seus direitos, e consequente transferência de tal encargo a uma instituição estatal, submete a consideração quanto à atuação ou não em torno de uma questão à análise de oportunidade e interesse de um agente externo. As consequências deletérias que esta circunstância pode produzir já foram objeto de consideração na seção anterior. Deve-se destacar, entretanto, especificamente quanto ao controle concreto, que a temática do tratamento social de transexuais de acordo com o gênero de identificação, submetida ao STF por meio do RE nº 845779, teve origem em ação individual movida por uma mulher transexual, representada por escritório modelo de atendimento jurídico de uma faculdade de direito, e não na atuação do Ministério Público, em que pese a situação de maciço desrespeito dos direitos de pessoas trans.

Por fim, um ponto que deve ser levado em consideração na análise do controle concreto é a influência que a situação fática de fundo, isto é, as circunstâncias daquele caso específico, pode exercer quanto ao resultado jurídico do julgamento, que poderá ter consequências para outros casos[574]. Como vimos, nos EUA, em que há simultaneamente uma tradição muito mais

---

[572] Processo nº 0018794-17.2011.4.02.5101, ajuizado em 01.12.2011 na seção judiciária do Rio de Janeiro. A ACP foi julgada improcedente pela 1ª instância, em decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região e posteriormente transitada em julgado.

[573] Assim, durante a supracitada pesquisa do CESeC foram realizadas entrevistas com promotores e procuradores acerca das áreas de atuação prioritárias da instituição, tendo a maioria dos entrevistados elencado o "combate à corrupção" e "a investigação criminal" como as mais importantes. Mesmo no campo específico dos direitos e demanddas coletivas, o tema dos direitos LGBT está longe de ser encarado como primordial: "se acreditarmos que as percepções dos entrevistados correspondem razoavelmente ao trabalho que a instituição privilegia na prática, o gráfico parece confirmar a concentração desse trabalho em algumas áreas, não obstante as atribuições muito mais amplas definidas pela Carta de 1988. Ainda assim, cabe destacar as menções a atividades de proteção e defesa de direitos entre as prioridades do órgão, com mais ênfase nas áreas de *criança e adolescente, meio ambiente, serviços de relevância pública, mulheres vítimas de violência doméstica* e *consumidor*, e com percentuais bem mais baixos para outras áreas como *relações de trabalho, idosos, portadores de deficiências, patrimônio histórico e cultural, minorias étnicas, LGBT* e *reforma agrária*. (LEMGRUBER, J, *et al. Ministério Público*. Op. Cit. p. 31)

[574] Embora a tradição do direito brasileiro seja a de que a decisão tomada em sede de controle concreto produza efeitos apenas *inter partes*, tendo a decisão eficácia meramente persuasiva diante de outros casos iguais, esta sistemática vem sendo sensivelmente alterada por uma série de mecanismos processuais que visam a reforçar a importância da jurisprudência do STF, como a repercussão geral, os recursos repetitivos e as súmulas vinculantes. Neste sentido, as decisões adotadas nos recursos extraordinários têm importância cada vez maior, na medida em que sua solução jurídica passa a vincular em muitos casos o resultado de outros processos judiciais. Sobre o tema, vide: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. "Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro". In: *Revista da AGU*, v. 15, n. 03, 2016

enraizada de litigância estratégica por parte dos movimentos sociais organizados e um sistema de *judicial review* exclusivamente subjetivo, esta circunstância é objeto de intensa preocupação por meio da seleção estratégica de litigantes. Por outro lado, o fato de um processo estar atrelado a uma situação fática ou litigante específico submete-o a uma série de eventualidades, como, por exemplo, o risco de falecimento do autor ou a sua desistência da ação. Este risco, como visto, rondou a estratégia judicial de busca do casamento homoafetivo na Argentina, na medida em que as litigantes do principal caso terminaram seu relacionamento amoroso no curso do processo.

É verdade, por outro lado, que o sistema de controle concreto brasileiro atenua bastante os riscos que advém desta circunstância. Em primeiro lugar porque formalmente não se admite o revolvimento de matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário, devendo a discussão se cindir aos aspectos jurídico-constitucionais do caso, consideradas as circunstâncias fáticas tais quais colocadas na decisão recorrida[575]. Em segundo lugar porque o novo CPC limitou os efeitos da desistência nos casos em que a decisão produzirá efeitos na resolução de outros processos, permitindo o julgamento "em tese" do caso[576]. Isto não significa, entretanto, que as especificidades do caso – e dos litigantes envolvidos – não possa ter efeitos sobre a decisão. Neste sentido, durante a primeira sessão de julgamento do já citado RE nº 845779, que será melhor analisada no item 4.3., as peculiaridades do caso e, principalmente, as características individuais da autora, foram objeto de debate e controvérsia no Tribunal, o que levanta a hipótese de que a solução do recurso extraordinário – cuja repercussão geral foi reconhecida – estará ao menos parcialmente vinculada às idiossincrasias daquele caso específico.

3.3. Influenciando interpretações constitucionais: *amicus curiae* e audiência pública

Além do acesso ao STF por meio da propositura de ações, existem outras formas de o movimento LGBT se fazer ouvir junto ao órgão. Dentro desta lógica, há um crescente interesse acadêmico acerca da interpretação constitucional feita "fora das Cortes", produzida no âmago da sociedade civil e dos movimentos sociais de maneira geral[577]. Assim, a partir desta concepção, a abertura do Judiciário não se esgota apenas na previsão de canais para a

[575] BARROSO, L. R. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Op. Cit. p 106. Sobre o tema, ainda, as súmulas nº 07 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" e nº 279 do STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".
[576] "Art. 998. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos".
[577] Neste sentido, por exemplo, o trabalho de GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.*

deflagração da sua jurisdição, mas requer a previsão de outros mecanismos institucionais e procedimentais que permitam à sociedade de maneira geral expor suas próprias visões constitucionais num determinado processo.

Uma referência essencial neste tema é a obra seminal de Peter Häberle acerca da chamada "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição"[578]. O autor entende que a interpretação constitucional não é feita somente pelos operadores do direito, intérpretes "autorizados", mas pelos cidadãos de maneira geral[579]. Com efeito, a interpretação constitucional em uma democracia não se extingue na sua "delegação" formal a um órgão estatal autoritativo, sendo um processo realizado por toda a sociedade, cuja visão sobre o significado das normas constitucionais deve ser considerada pelas decisões da Corte Constitucional[580].

Dentro desta lógica, o STF deve contar com mecanismos de abertura procedimental como forma de viabilizar a penetração dessas outras visões constitucionais, dispersas na sociedade, em seu processo deliberativo e decisório. Neste sentido, "a jurisdição constitucional deve buscar aproximar-se da sociedade, que é destinatária e intérprete última da Constituição, oferecendo soluções alternativas para a inclusão de novos atores sociais, até então excluídos"[581]. Conforme já foi exposto, a própria ideia de legitimidade da jurisdição constitucional, a partir de um intenso processo de judicialização da política, em que os rumos da sociedade são cada vez mais definidos de forma pretensamente definitiva pelo Judiciário, requer do mesmo canais de abertura para a exposição por parte dos agentes sociais de suas visões constitucionais. Assim:

> Para que o projeto constitucional brasileiro se aperfeiçoe no sentido de uma leitura emancipatória e voltada para a proteção dos direitos fundamentais, é necessário que o processo de definição do significado de nossa Constituição esteja aberto às pessoas comuns, suas experiências concretas e visões de mundo – sobretudo as minoritárias, cuja participação garante um sentido de Constituição abrangente, plural e inclusivo[582].

Dentro desta ordem de ideias, a atuação dos *amici curiae* e a convocação de audiências públicas, institutos previstos no âmbito das Leis nº 9.868/99 e nº 9.882/99, são tradicionalmente apontadas pela doutrina e pela própria doutrina do STF como instrumentos de abertura e

---

[578] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
[579] *Ibidem*, pp. 14-15.
[580] *Ibidem*, p. 36.
[581] MEDINA, D. Amicus Curiae. *Op. Cit*, p. 34.
[582] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit*. p. 123.

democratização da corte[583]. Embora os dois institutos não se confundam, conforme será abordado, ambos serviriam ao mesmo objetivo: promoção de um "diálogo com a sociedade", sendo instrumentos para um processo decisório mais democrático[584]. Assim, por meio de tais institutos, entidades integrantes do movimento LGBT, que não podem acionar diretamente o controle concentrado em razão da falta de *jus postulandi*, poderiam participar deste, deduzindo seus argumentos e visões constitucionais perante o STF[585].

A democratização promovida por tais institutos é frequentemente louvada pelos Ministros do STF nos casos em que há participação de *amici curiae* ou tenha sido realizada uma audiência pública. Todavia, é importante examinar em que medida as loas a um Supremo aberto à participação social refletem uma situação real e positiva, ou, por outro lado, servem apenas como justificativa retórica de legitimação apriorística para a intervenção judicial.

Carina Leite adverte que para que os mecanismos promovam efetivamente um ganho de democratização, e não apenas um recurso retórico a ser manejado pelos Ministros para legitimar suas decisões, devem ser observados dois parâmetros: (i) se possibilitam o acesso de agentes e interesses novos, de forma igualitária entre os diferentes grupos e visões de mundo; e (ii) se as considerações desses novos agentes, ainda que não sufragadas pela Corte, são levadas à sério na deliberação do STF[586].

Antes da análise mais detalhada de cada um dos dois mecanismos, cabe anotar que, apesar do tema da "sociedade aberta dos intérpretes da Constituição" ser comumente trazido à baila pela doutrina constitucional brasileira somente quando se trata dos *amici curiae* e das audiências públicas, a ideia está longe de se exaurir nestes dois instrumentos. Seria, ademais, um contrassenso entender que a interpretação constitucional promovida por agentes sociais não institucionais se esgotaria na sua submissão a um intérprete formal e autoritativo. Neste sentido, a lenta transformação da mentalidade social historicamente promovida de formas muito mais difusas pelo movimento LGBT, se insere dentro desta ideia de abertura interpretativa realizada fora das cortes, a partir, por exemplo, da ressignificação das exigências do princípio constitucional da igualdade em relação às famílias homoafetivas. O que se pretende neste momento é tão somente a análise de dois mecanismos institucionais que têm o potencial de

---

[583] LEITE, C L N S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit.*, p. 10.
[584] VALLE, Vanice Lírio do; *et al*. *Audiências Públicas e Ativismo*: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 60.
[585] Sem prejuízo da possibilidade da convocação de audiências públicas e participação de *amici curiae* em outros tipos de processo, conforme já admitido pela jurisprudência do STF (*Ibidem*, p. 55).
[586] LEITE, C L N S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit.*, pp. 11-12.

canalizar formalmente estas interpretações junto ao Judiciário, o que representa uma parcela diminuta da noção de leitura constitucional realizada por agentes não formais.

Passando à análise de cada um dos dois mecanismos, o *amicus curiae* ("amigo da corte") é uma figura que, embora não integre nenhum polo da demanda, contribui para a qualidade da deliberação em um determinado processo que trate de uma questão de relevância, podendo ser entendido como um "terceiro de natureza especial"[587]. As entidades e grupos sociais admitidos como *amici curiae* teriam o condão de pluralizar o debate, trazendo informações técnicas que normalmente não estariam ao alcance dos Ministros e contribuindo com suas visões constitucionais para um processo deliberativo mais democrático e representativo[588]. Tal atuação é feita por meio de petições escritas ("memoriais") e, apesar de certa resistência inicial quanto a essa possibilidade, manifestação oral nas sessões de julgamento[589]. A doutrina tradicionalmente tem festejado o instituto, reconhecendo nele um "potencial pluralizador do debate constitucional, em uma dimensão inclusivo-participativa"[590].

Algumas circunstâncias, entretanto, apresentam-se como entraves que frustram em parte a potencialidade democratizadora do instituto. O primeiro deles diz respeito à consideração efetiva que os Ministros dão às contribuições dos *amici curiae*, uma vez que há pouco sentido em se facultar à sociedade civil a manifestação no processo e a exposição de suas visões constitucionais se estas não têm potencial real de afetar a deliberação. A realidade indica, entretanto, que as manifestações orais são proferidas quando os votos já se encontram redigidos, e, considerando que na maioria das vezes os Ministros se atêm aquilo que foi previamente elaborado, pode-se ter a impressão de que os *amici curiae* estão "falando com as paredes"[591]. Ademais, a realidade dos trabalhos no STF, em que os Ministros têm pouco tempo para preparar seus votos e entrar em contato com as peças do processo, desestimula a consideração dos memoriais apresentados[592].

Outra problemática decorre da competência discricionária do Relator, decorrente do seu "poder geral de instrução", para admitir ou não os *amici curiae* que peçam ingresso no feito,

---

[587] RAZABONI, Olívia Ferreira. Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 93. Segundo Damares Medina: "o *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucionalmente controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão". (MEDINA, D. Amicus Curiae. *Op. Cit.*, p. 17).
[588] RAZABONI, O. F. *Amicus Curiae*. *Op. Cit.*, p. 99.
[589] BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. *Op. Cit.*, pp. 166-170.
[590] MEDINA, D.. Amicus Curiae. *Op. Cit.*, p. 17.
[591] LEITE, C L N S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit.*, pp. 154-155.
[592] *Ibidem*, p. 186.

com base na avaliação da *relevância* da matéria e da *representatividade* da postulante[593]. Tal circunstância gera o risco de que o relator entenda pela inoportunidade de admitir um ou mais *amici curiae* que poderiam contribuir para a deliberação, o que pode frustrar o potencial democratizante do instituto[594]. Tal circunstância abre espaço para que sejam admitidos somente os "amigos da corte" mais "amigáveis", permitindo que determinados setores da sociedade participem do debate em detrimento de outros, o que pode provocar uma assimetria nas forças representadas nos debates.

Outro risco decorre do fato de o pedido de ingresso como *amicus curiae* ser espontâneo, favorecendo grupos mais organizados e com maior *know-how* da prática jurídica, o que pode deformar a percepção dos Ministros acerca da prevalência das opiniões na sociedade sobre determinado tema. Neste sentido, a representatividade da abertura da deliberação poderia ficar comprometida[595].

Um bom exemplo de como a atuação dos *amici curiae* pode ser usada como mero recurso de legitimação decisória, sem ser objeto de consideração efetiva dos Ministros, ocorreu justamente no julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, acerca das uniões homoafetivas. O processo contou com a participação de nada menos do que quinze entidades como *amici curiae*, treze a favor do reconhecimento das famílias homoafetivas[596], e duas contrárias[597] [598]. Apesar do grande número de entidades participantes, o voto do Ministro Relator Ayres Britto

---

[593] BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos e realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 164. Tal competência tem previsão no art. 7º, §2º da Lei 9.868/99: "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".

[594] Sobre a discricionariedade do relator para decidir sobre os pedidos de ingresso dos *amici curiae*, Vanice do Valle *et al* apontam que "se de um lado se justifica pela natural posição privilegiada de quem preside a relação processual, de outro lado suscita relevantes questões no que toca à legitimidade das decisões no tema, particularmente aquelas que *indeferem* o ingresso ou a vinda de alguma contribuição argumentativa" (VALLE, V. L.; *et al*. *Audiências Públicas e Ativismo. Op. Cit*, p. 55).

[595] LEITE, C L N S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit.*, p. 189.

[596] Conectas Direitos Humanos; Escritório de Direitos Humanos do Estado de Minas Gerais – EDH; Grupo Gay da Bahia – GGB; Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero; Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais – GEDI-UFMG; Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais – Centro de Referência GLBTTT; Centro de Luta pela Livre Orientação Sexual – CELLOS; Associação de Travestis e Transexuais de Minas Gerais – ASSTRAV; Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; e Associação de Incentivo à Educação e Saúde do Estado de São Paulo.

[597] Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; e Associação Eduardo Banks.

[598] O desfecho do caso no mesmo sentido do entendimento desproporcionalmente representado nas manifestações de *amici curiae* vai ao encontro da ideia defendida por Damares Medina de que existiria uma relação direta entre a chance de êxito de uma demanda e a presença de *amici curiae* apoiando-a. A autora atribui tal efeito ao "desequilíbrio informacional" decorrente desta circunstância (MEDINA, D. Amicus Curiae. *Op. Cit.*, pp. 169-170).

fez referência à sua participação apenas no relatório[599], trazendo à baila alguns dos argumentos levantados pelos *amici curiae* favoráveis, sem fazer referência ao entendimento dos *amici curiae* contrários, e sem incluir na fundamentação menção a qualquer pronunciamento de *amicus curiae*.

Dos demais votos, apenas os dos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes e Celso de Mello fazem referência à participação dos *amici curiae*, embora apenas este último faça referência a uma contribuição individualizada, colacionando um trecho do memorial do *Grupo Arco Íris* sobre a função contramajoritária do Judiciário. Os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, argumentam de forma genérica que as contribuições teriam o condão de legitimar e democratizar a atuação do STF[600].

As audiências públicas, por sua vez, foram previstas legalmente como mecanismos para permitir que o STF ouvisse argumentos técnicos sobre o objeto de determinado julgamento, considerando a realidade fática sobre a qual a decisão judicial incide e a evidente limitação institucional decorrente do fato que os Ministros possuem conhecimento limitado ao Direito[601]. O instrumento, todavia, foi logo reconhecido pelos Ministros e pela doutrina como uma forma de permitir que a Corte entrasse em contato com as interpretações constitucionais formuladas

---

[599] "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 [*sic*] *amici curiae*. A sua maioria, em substanciosas e candentes defesas, a perfilhar a tese do autor. [...]"

[600] O voto do decano da Corte é extremamente enfático neste ponto, reservando um ponto preliminar especificamente ao tema, não obstante a inexistência de qualquer referência posterior à contribuição concreta de qualquer *amicus curiae*: "**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 [...] **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 [...]

Este Supremo Tribunal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, qualifica-se – tal como salienta o eminente Ministro GILMAR MENDES [...] - **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 [...], **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** *deficit* 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 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." (grifos no original)

[601] Neste sentido, o art. 9º, §1º da Lei nº 9.868/99 prevê: "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".

no corpo social, conferindo maior permeabilidade ao Tribunal[602]. Neste sentido, as audiências públicas teriam o condão de mitigar os questionamentos relativos à "dificuldade contramajoritária", uma vez que os grupos sociais teriam a possibilidade de dialogar com o STF e ter seus pontos de vista levados em consideração[603].

Este potencial democratizante, entretanto, é relativizado e balizado por algumas circunstâncias, como a ampla discricionariedade do relator na convocação e condução da audiência pública, a baixa presença de Ministros, o caráter pouco dinâmico dos debates, e a reduzida referência aos argumentos lançados na audiência pública no voto dos Ministros, etc. A análise de cada um destes fatores foge ao objeto imediato do presente estudo, pela circunstância singela de que o STF nunca realizou nenhuma audiência pública acerca dos direitos LGBT.

Isso não significa dizer, entretanto, que nunca tenha havido pedido para tanto. Com efeito, da inicial da ADI 4.277 constava pedido expresso, "considerando a relevância do tema", de convocação de audiência pública. Todavia, não apenas a audiência não foi convocada, como tal decisão sequer foi justificada pelo Ministro Ayres Britto, que restou silente sobre o tema. Tal circunstância revela, portanto, a ampla discricionariedade do relator para convocar ou não audiência pública em um dado caso, independente ou não de pedido para tanto. A convocação da audiência pública pode estar mais atrelada ao entusiasmo pelo instituto e disposição pessoal de um Ministro do que à relevância social da questão discutida[604]. Neste sentido, "não há ainda critérios consolidados sobre quando convocar audiências públicas, como elas devem funcionar e para que servem"[605].

É possível indagar se a não convocação da audiência pública pelo relator teria sido uma decisão estratégica para evitar atrair atenção ao processo previamente ao julgamento, o que poderia gerar uma forte reação por parte dos grupos contrários à posição perfilhada pelo relator e aumentar a pressão sobre o STF. Dentro desta lógica, deve ser considerada ainda a forma como ocorre a divulgação da pauta de julgamentos da corte, com baixíssima antecedência. Embora a realização do julgamento quase que inesperadamente, sem que tenha havido todo um debate público e prévio junto ao órgão judicial sobre o tema, possa de alguma maneira ter

---

[602] BINENBOJM, G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*. *Op. Cit.* , p. 179.
[603] LEITE, C. L. N. S. *Os Diálogos Sociais no STF*. *Op. Cit. Op. Cit.*, p. 43.
[604] Assim, por exemplo, até a o final de 2016 foram realizadas 19 audiências públicas no STF, seis das quais foram convocadas pelo Ministro Fux, que assumiu em 2011. Por outro lado, alguns ministros, incluindo o decano Celso de Mello, jamais realizaram uma audiência pública. A lista completa pode ser acessada em: http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada
[605] CARDOSO, E L. C. Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina. *Op. Cit*., p. 104.

facilitado uma decisão favorável ao pleito, devem ser questionadas as implicações normativas desta postura. Assim, faz sentido que o STF evite "lançar luzes" sobre um caso polêmico que venha a julgar, como forma de facilitar a adoção de uma determinada decisão, mormente considerando o quanto o órgão se vangloria de um perfil aberto e democrático? Por outro lado, a realização de uma audiência pública, com a possibilidade de gerar debate mais amplo sobre o tema na sociedade, não poderia ter efeitos indiretos positivos para a transformação de mentes e corações quanto ao tema?

Dentro da experiência comparada analisada, a Corte Constitucional da Colômbia em mais de uma vez realizou audiências públicas como forma de promover um debate sobre o tema dos direitos LGBT. Assim, por exemplo, previamente à sentença C-481/1998, que proibiu a punição disciplinar aos professores homossexuais, inaugurando a jurisprudência da Corte de firme vedação à discriminação em razão da orientação sexual, foi realizada uma audiência pública que contou com ampla participação de diversos setores sociais e autoridades. Caballero destaca a importância que audiência pública teve ao "dar voz a quem sofria discriminação e violência"[606]. Neste sentido, o autor destaca a imagem poderosa de uma professora lésbica que falou perante a Corte com o rosto coberto, por medo de sofrer punições em razão da sua preferência sexual, e que foi objeto de interesse da mídia local[607].

De igual forma, antes da recente decisão que reconheceu o direito ao casamento igualitário no país, uma audiência pública foi realizada, e posteriormente disponibilizada online na íntegra. Sobre esta audiência, alguns dados merecem destaque. Em primeiro lugar, o governo, por meio do Ministro da Justiça, se manifestou de forma favorável ao pleito, o que demonstrou um apoio do Executivo a decisão que a Corte viria a tomar. Em segundo lugar, a audiência contou com a presença de sete dos nove magistrados da Corte, o que representa uma assistência relevante e muito superior a que se verifica com relação às audiências públicas realizadas pelo STF[608].

No tocante à convocação de audiências públicas, a sistemática da Corte Constitucional colombiana é muito diferente da do STF, em que há uma pronunciada concentração de poder pelo Relator. Naquele tribunal, qualquer um dos membros pode sugerir a convocação de uma audiência pública acerca de um determinado caso, seja ou não o relator, devendo o pedido ser

---

606 CABALLERO, M. A. "Corte Constitucional e Movimentos Sociais". *Op. Cit.*, p. 13.
607 *Loc. Cit.*
608 EL TIEMPO. Gobierno defiende matrimonio gay en audiencia de Corte Constitucional. *El Tiempo*, publicado em 30 jul. 2015. Justicia, Disponível em: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/audiencia-en-la-corte-constitucional-sobre-matrimonio-gay/16171202>. Acesso em 11 out. 2016.

aprovado pela maioria simples dos magistrados[609]. A eventual realização ou não de uma audiência pública acaba se tornando uma decisão muito mais do órgão do que de um dos seus membros individualmente.

Neste sentido, Iturralde destaca o caráter extremamente conservador do Legislativo colombiano, fechado a uma série de debates, dentre os quais os direitos LGBT, de tal forma que a as audiências públicas teriam o condão de possibilitar um "debate público entre o Estado e a sociedade civil"[610]. Assim, a ideia do autor já referida de que o acesso à jurisdição constitucional por parte destes atores excluídos do processo político majoritário visa não apenas os ganhos diretos da decisão judicial, mas a possibilidade de "ser ouvido" e contribuir para a deliberação democrática[611].

Em última análise, é possível concluir que tais instrumentos, na forma como vêm se operacionalizando na prática, ainda deixam muito a desejar como mecanismos de incremento da participação e acesso de movimentos sociais como o movimento LGBT ao STF. Ao apontar a realização de audiências públicas ou a participação de *amici curiae* como legitimadora da decisão judicial, sem, todavia, dar real importância a tal circunstância nos processos deliberativo e decisório, o STF acaba incorrendo em uma mera "representação pacificadora", que não traz ganhos reais para a democratização de sua atuação[612].

---

[609] Conforme o art. 66 do Regimento Interno da Corte Constitucional (disponível em http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento.pdf) e o art. 12 do Decreto nº 2.067/91 (disponível em http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202067.php). Agradeço a referência a NUNES, D. C. Corte Constitucional da Colômbia. *Op. Cit*.

[610] ITURRALDE, M. "Access to constitutional justice in Colombia". *Op. Cit.*, pp. 387 e 401.

[611] Em sentido semelhante, sobre o acesso à jurisdição de maneira mais geral: "o processo de decisão perante um tribunal dá a cada pessoa ou grupo a oportunidade de deduzir seus pleitos de justiça, cobrando a observância do Estado de direito e do seu direito de serem tratados com igual respeito e consideração. Para as minorias em especial, ainda quando não saiam vitoriosas do seu *dia na corte*, essa pode ser uma forma de ouvir e fazer ouvir sua própria voz, tornando menos abstrata a ideia de que participam de um projeto coletivo de autogoverno democrático" (MENDONÇA, E. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". *Op. Cit.* p. 176, grifos no original).

[612] VALLE, V. L.; *et al*. *Audiências Públicas e Ativismo*. *Op. Cit*, p. 50.

4. POSSIBILIDADES E LIMITES DA FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA: UMA ANÁLISE DOS CASOS ENVOLVENDO DIREITOS LGBT NO STF

Na sua obra *The Least Dangerous Branch*, Alexander Bickel desenvolveu a noção da *dificuldade contramajoritária* da jurisdição constitucional para caracterizar o aparente paradoxo de um sistema democrático, baseado no autogoverno, em que um Judiciário não eleito e não diretamente responsivo à vontade popular detém o poder de invalidar as decisões adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo, eleitoralmente legitimados[613]. Neste sentido, a noção opera a partir da lógica da democracia representativa, na medida em que o Judiciário ao invalidar uma lei estaria decidindo, em última instância, contra o próprio povo, i.e., a opinião majoritária. A ideia, todavia, parece se apoiar na premissa de que a decisão tomada pelo poder eleito *efetivamente* corresponde à decisão apoiada pela maioria da população[614]. Neste sentido, Barroso entende que "a doutrina da dificuldade contramajoritária [...] assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre a expressão da vontade majoritária"[615].

Todavia, como se sabe, a vontade dos órgãos políticos pode não ser a mesma da população que os elegeu e que visam representar, em razão, por exemplo, da prevalência de interesses econômicos decorrentes do sistema de financiamento de campanhas eleitorais; da sub-representação de grupos sociais, como é o caso das mulheres; de circunstâncias do sistema eleitoral, etc[616]. Este descolamento entre o que quer a maioria da população e o que querem os políticos por ela eleitos gera um constrangimento à teoria tal qual pensada por Bickel. Assim, em muitas circunstâncias a invalidação de uma decisão tomada pelo Legislativo pode ir ao encontro dos anseios da maioria da população, e não o contrário[617], parecendo contraditório, portanto, caracterizá-la como contramajoritária[618].

---

[613] BICKEL, A. *The Least Dangerous Branch*. *Op. Cit.* pp. 16-23.

[614] Com efeito, o autor destaca que, embora seja possível falar em problemas de representatividade, no caso do sistema político estadunidense, em que há ampla necessidade de consenso e compromisso entre diversas instâncias de poder – e.g. entre a Câmara e o Senado, e entre estes e a Presidência –, estas falhas perderiam muito de sua força, o que favoreceria uma maior sintonia entre as decisões dos poderes majoritários e a visão da sociedade em geral (*Ibidem*, p. 18)

[615] BARROSO, L. R. "A razão sem voto". *Op. Cit.*, p. 24.

[616] Para um resumo dos argumentos neste sentido, vide BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais*. *Op. Cit.* pp. 199 *et seq.*

[617] FRIEDMAN, B. *The Will of the People. Op. Cit.* pp. 367-368.

[618] Neste sentido, "se os juízes estão invalidando leis impopulares, a objeção contramajoritária parece no mínimo um pouco difícil de entender" ("*if judges are striking down unpopular laws, the countermajoritarian objection is at least a little difficult to understand*", FRIEDMAN, Barry. "Mediated popular constitutionalism". In: *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, 1993, p. 2603). Corinna Barrett Lain argumenta que em muitas circunstâncias a Suprema Corte americana é muito mais majoritária que o Congresso (LAIN, Corinna Barrett. "Upside-Down Judicial

Por esta razão, ao lado da noção tradicional da dificuldade contramajoritária, que decorre da invalidação de uma decisão tomada por um poder eleitoralmente legitimado, também é possível utilizar a ideia de contramajoritariedade em sentido diverso, para caracterizar as decisões tomadas pelo Judiciário que contrastam com a opinião pública ou os mores de uma determinada sociedade, independente ou não da visão dos poderes eleitos.

Diante deste quadro, um dos problemas centrais do constitucionalismo estadunidense e mundial foi desenvolver uma teoria normativa que reservasse um espaço legítimo e democraticamente justificável para um exercício da *judicial review*[619]. Assim, uma miríade de autores e correntes teóricas desenvolveram distintas justificativas para a atuação contramajoritária, conferindo-lhe um espaço de atuação legítimo maior ou menor. Embora a análise de cada uma destas teorias fuja em larga medida ao escopo do presente estudo, cabe destacar que uma das justificativas mais comuns para o exercício contramajoritário da jurisdição constitucional é a tutela dos direitos fundamentais das minorias, principalmente daquelas socialmente estigmatizadas[620], a partir da ideia de que os direitos fundamentais operam como *trunfos*, não estando submetidos a considerações majoritárias[621]. Assim, o Poder Judiciário e, em especial, a Suprema Corte teriam o papel de servir como o refúgio dos párias sociais para fazerem valer os seus direitos fundamentais, não adequadamente tutelados pelos poderes políticos representativos.

Review". In: *The Georgetown Law Journal*, v. 101, 2012, pp. 167-174). Barroso defende que nestes casos o Judiciário exerceria um "papel representativo" (BARROSO, L. R. "A razão sem voto". *Op. Cit.*, pp. 23-26).

[619] Alguns autores, entretanto, questionam a própria possibilidade de existência desse espaço legítimo para o exercício controle judicial de constitucionalidade, por entender que este seria sempre e necessariamente antidemocrático, defendendo a sua eliminação ou severa limitação. Neste sentido, por exemplo, os teóricos do chamado "constitucionalismo popular" como Mark Tushnet, Jeremy Waldron e Larry Kramer (SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional. Op. Cit.*, pp. 226-230).

[620] A origem dessa noção remonta à famosa nota de rodapé nº 04 da decisão da Suprema Corte Americana de 1938 *United States vs. Carolene Products*, segundo a qual o exercício da *Judicial Review* deveria ser bastante deferente às escolhas do Legislador e do Executivo relativas a politicas públicas e decisões econômicas, e mais intensa em outros casos, como por exemplo a proteção de "minorias visíveis e insulares" ("*discrete and insular minorities*"), sujeitas ao preconceito da sociedade e eterna perdedoras do processo majoritário.

[621] Refiro-me aqui à conhecida ideia desenvolvida por Dworkin de que os direitos são trunfos, devendo se sobrepor a meros cálculos de utilidade social e concepções de moralidade, por mais majoritárias que sejam (DWORKIN, Ronald. "Rights as trumps". In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Cambridge: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167).

Com efeito, no caso brasileiro, uma série de decisões proferidas pelo STF buscou tutelar direitos de minorias raciais[622], mulheres[623], presos[624], deficientes físicos[625], etc. O Judiciário, dentro desta lógica, assumiria um papel prioritário para a promoção da cidadania LGBT, como parece atestar a decisão sobre uniões homoafetivas.

De acordo com a teoria tradicional, a principal razão para que os Tribunais fossem considerados como o lócus mais adequado para tutelar os direitos fundamentais das minorias residiria na *independência judicial*. Trata-se de uma noção complexa, que comporta duas dimensões distintas.

A primeira dimensão, "abstrata e conceitual"[626] ou "interna e normativa"[627], expressa a aspiração de que as decisões judiciais não sofrerão influência de fatores extrajurídicos irrelevantes do ponto de vista normativo[628], estando relacionada diretamente a ideia de que os juízes devem agir de maneira imparcial e cumprir seu múnus sem deixar se influenciar por suas convicções pessoais[629]. A ideia se aproxima, portanto, da noção de que Política e Direito *devem* estar separados, tendo em vista que obedecem a lógicas distintas, ou, de acordo com uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico, efetivamente *estão* separados[630]. A aplicação judicial das leis seria uma função técnica, na qual a vinculação necessária ao Direito exerceria um papel limitador da atividade criativa do intérprete e da influência de considerações externas nas decisões judiciais[631]. De acordo com esta visão, a necessidade de aderência às normas jurídicas impediria que os juízes pudessem se utilizar da função judicial para promover sua própria visão de mundo, gerando um "governo de juízes"[632].

---

[622] Confirmação da constitucionalidade das cotas raciais para acesso ao ensino superior (ADPF nº 186).
[623] Exclusão da licença-gestante do teto máximo do valor dos benefícios do regime geral da previdência social previsto no art. 14 da EC nº 20/98 (ADI nº 1946); direito ao aborto do feto anencefálo (ADPF nº 54); constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha) e dispensa de representação da vítima de violência doméstica (ADC nº 19 e ADI nº 4424); equiparação da licença maternidade de servidoras gestantes e adotantes (RE nº 778.889).
[624] Reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema carcerário (ADPF nº 347); possibilidade de o Judiciário impor obras em presídios para garantir direitos dos presos (RE nº 592.581); responsabilidade do Estado por morte de detento (RE nº 841.526).
[625] Direito ao passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual (ADI nº 2.649), garantia da reserva de vagas para pessoas com deficiências em concursos públicos (Reclamação nº 14.145); obrigação do poder público garantir a acessibilidade física das escolas públicas (RE nº 440.028); obrigação das escolas privadas incluírem as pessoas com deficiência e impossibilidade de cobrança de mensalidade mais cara (ADI nº 5357)
[626] VANBERG, George. "Establishing and maintaining judicial independence". In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, p. 100.
[627] FEREJOHN, John. "Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence". In: *Southern California Law Review*, v. 71, 1999, p. 353.
[628] VANBERG, G. "Establishing and maintaining judicial independence". *Op. Cit.*, p. 100.
[629] FEREJOHN, J. "Independent judges, dependent judiciary". *Op. Cit.*, p. 353.
[630] BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, pp. 252-253.
[631] *Ibidem*, p.255.
[632] FRIEDMAN, Barry. "The Politics of Judicial Review". In: *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 268.

A segunda dimensão, por outro lado, se refere às salvaguardas institucionais que visam justamente insular os juízes de influências externas[633], estando relacionada à formatação institucional do Judiciário[634]. Embora o fato de não serem eleitos gere, como visto, constrangimentos democráticos à sua atuação, tal circunstância permitiria que os mesmos pudessem adotar decisões judiciais impopulares para proteger grupos sociais estigmatizados sem precisar se preocupar com resultados eleitorais. Ademais, juízes e tribunais são protegidos de uma eventual investida dos poderes políticos por uma série de garantias institucionais - como a autonomia administrativa e financeira – e funcionais – como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios[635].

Em razão da independência judicial, portanto, o Judiciário – e a Suprema Corte, em especial – enquanto agente não eleito e independente, atuando de acordo com o Direito, teria o papel de "guardião da Constituição" em face das maiorias efêmeras representadas nos poderes eleitos[636].

O que se pretende destacar, entretanto, é que, apesar desse esquema normativo sobre a atuação *ideal* da jurisdição constitucional, a capacidade *real* de atuação contramajoritária para defender minorias impopulares sofre uma série de constrições positivas, conforme discutido anteriormente. Friedman destaca que uma esperança na *judicial review* segundo a qual os juízes não apenas podem, mas como necessariamente irão em todos os casos desafiar os outros poderes para defender os direitos das minorias e as salvaguardas constitucionais, representa uma visão puramente normativa da jurisdição constitucional e do Direito, que deixa de considerar uma série de limitações e influências positivas extrajurídicas[637].

Em primeiro lugar, é implausível imaginar que exista uma separação estrita entre Política e Direito, ou antes, que este seja o único elemento que os juízes levem em consideração para proferir uma decisão. Esta noção se relaciona ao conceito de Scheingold de "mito dos direitos", que seria uma ideologia disseminada entre os juristas de que as cortes poderiam ser utilizadas para declarar direitos e assegurar direta e incondicionalmente a sua concretização[638],

---

633 VANBERG, G. "Establishing and maintaining judicial independence". *Op. Cit.*, p. 100.
634 FEREJOHN, J. "Independent judges, dependent judiciary". *Op. Cit.*, p. 353.
635 BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, p. 256 .
636 Deve-se ressaltar, por outro lado, que visões mais contemporâneas e positivas acerca da independência judicial destacam, por exemplo, o interesse dos próprios poderes políticos em contar com uma instância externa à qual podem enviar questões eleitoralmente espinhosas ou à qual podem recorrer quando seus adversários políticos estão no poder, num cenário de uma sociedade marcada pela disputa político-partidária competitiva, funcionando assim como um "seguro eleitoral". (VANBERG, G. "Establishing and maintaining judicial independence". *Op. Cit.*, p. 108; FEREJOHN, J. "Independent judges, dependent judiciary". *Op. Cit.*, p. 373).
637 FRIEDMAN, B. *The Politics of Judicial Review*. *Op. Cit Passim.*
638 SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 14.

e teria a tendência de superestimar a importância do Direito e sua capacidade de promover mudança social[639], em oposição à política tradicional, encarada com desconfiança[640].

Assim, um retrato positivamente mais adequado deveria, por outro lado, levar em consideração as limitações e contingências a que estão submetidos tribunais e juízes. Com efeito, Friedman advoga que as normas jurídicas, embora muito importantes, são apenas um dentre diversos fatores objeto da preocupação dos juízes[641]. Dentre os constrangimentos extrajurídicos a influenciar os juízes estariam sua ideologia política, visão religiosa, percurso biográfico, entre outros. Evidentemente, os juízes não são máquinas silogísticas de aplicação de enunciados normativos a casos concretos, e sim pessoas dotadas de subjetividade e historicidade[642].

No contexto dos direitos LGBT, duas influências dessa ordem que se relacionam e moldam as respostas judiciais são a religião e a moralidade sexual[643]. Assim, a maioria dos Ministros do STF é católica, embora a importância da religiosidade na formação da sua visão de mundo varie de Ministro para Ministro. Conforme visto anteriormente, a importância da Igreja Católica na formação cultural latino-americana, com efeitos na estratificação de vivências de gênero e sexualidade, é uma dificuldade para a conquista de direitos LGBT na região.

Características como a raça e o gênero também moldam a visão de mundo dos juízes e se refletem nos seus entendimentos judiciais. Pesquisas revelam, por exemplo, que as mulheres tendem a ser mais favoráveis aos direitos LGBT do que os homens. É possível questionar, então, se o fato de o STF ter tido ao longo da sua história apenas três ministras mulheres, e no máximo

---

639 *Ibidem.* p. 6.
640 *Ibidem.* p. 25.
641 FRIEDMAN, B. *The Politics of Judicial Review*. *Op. Cit*, p. 270. Por outro lado, mesmo que se entendesse que apenas o Direito constrange as decisões, tal circunstância não seria suficiente para concluir que a resposta seria univocamente dada por todos os juízes, principalmente nos chamados "casos difíceis". Isso porque os juízes, enquanto aplicadores e intérpretes do Direito, exercem uma função criativa, que pode ser maior ou menor em função da linguagem ou densidade dos textos normativos aplicáveis.
642 Para uma análise aprofundada da influência da subjetividade dos juízes no seu comportamento judicial, vide MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 57-146.
643 Klarman defende, nesse sentido, que "muito embora a Corte ocasionalmente intervenha contrariamente à opinião pública dominante, os *Justices* nunca estão na vanguarda de um movimento social reformista. Eles são demasiadamente parte da sua cultura e momento histórico para interpretar a Constituição de forma que pareceria bizarra a maioria dos americanos" ("*Even though the Court occasionally intervenes against social dominant public opinion, the justices are never truly at the vanguarda of a social reform movement. They are too much a part of their culture and historical moment to interpret the Constitution in ways that would strike most Americans as bizarre*", KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. xx)

duas em sua composição num dado momento, sendo um espaço eminentemente masculino, poderia modular o apoio que as demandas LGBT encontram no órgão[644].

Uma consideração relevante diz respeito, ainda, à estrutura e forma de trabalho interno dos Tribunais[645]. A decisão dos órgãos colegiados depende da interação e concordância em algum nível de uma pluralidade de juízes que podem ter visões muito diferentes sobre qual a solução mais adequada ao caso. Assim, por exemplo, no caso do STF, o Ministro ao qual foi designada a função de relator possui um papel tão relevante que por vezes pode definir a própria sorte do feito, principalmente aqueles menos sensíveis e salientes[646]. O processo deliberativo predominantemente agregativo e *seriatim* do órgão; a circunstância da deliberação ser televisionada; a discricionariedade da presidência para elaboração da pauta – e consequentemente da agenda decisória da Corte; as próprias relações pessoais entre os Ministros, são fatores que podem exercer influência no resultado final[647].

Ademais, o Judiciário está inserido num sistema político em que os diferentes poderes se relacionam – e se constrangem – mutuamente a todo o tempo. Neste sentido, os poderes eleitos possuem uma série de mecanismos para reagir a uma Corte cujas decisões se afastem demasiadamente das suas preferências[648], que vão desde a superação normativa de decisões por

---

644 Por outro lado, Patrícia Perrone alude à influência que a presença de juízes mulheres e negros num determinado órgão judicial colegiado tem sobre seus pares homens e brancos, que neste caso tendem a votar muito mais favoravelmente aos direitos minoritários do que quando o Tribunal é composto somente por membros hegemônicos (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, p. 95).

645 Em texto clássico, Barbosa Moreira discorre sobre a influência que fatores como a localização do prédio onde está instalado o tribunal, as características da sala de julgamento, o horário da sessão e até mesmo o grau de conforto das cadeiras sobre as quais se sentam teria sobre a capacidade dos juízes aplicarem corretamente o Direito (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado". In: *Temas de Direito Processual VI*, São Paulo: Saraiva, 1997).

646 SILVA, Virgílio Afonso. "'Um voto qualquer'?:o papel do Ministro Relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. In: *Revista de Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, 2015, p. 184.

647 BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, pp. 276-277; MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 198-211. Assim, neste sentido: "O fato do STF ser um ator coletivo – uma instituição judicial colegiada – acrescenta uma nova camada de complexidade às análises do processo decisório. Pois, quando a instituição é provocada para integrar (e reconfigurar) a arena decisória da política, sua participação é modulada pelo que ocorre em outra arena decisória, *interna* ao próprio STF. [...] A decisão do tribunal será formada a partir das ações e interações entre os onze Ministros, reguladas pelo processo decisório interno. Mais ainda, tendo em vista a possibilidade de que os próprios Ministros se comportem estrategicamente nesse processo decisório interno, é perfeitamente possível que a decisão resultante não seja uma expressão perfeita da simples soma das preferências individuais sinceras dos membros da Corte" (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "O Supremo Individual". *Op. Cit.*, pp. 125-126).

648 FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*: Interpretation as political process. Princeton: Princeton Univesity Press, 1988, pp. 221-230.

meio de emendas constitucionais[649] ou leis[650] e nomeação de novos juízes para a Suprema Corte refratários à sua jurisprudência[651], até ataques institucionais ao tribunal, como aposentadoria compulsória de magistrados e inchaço da Corte (*court-packing*)[652] [653]. Ferejohn chega a afirmar que "a independência do Judiciário [...] depende da 'boa vontade' dos poderes populares em não usar seus amplos poderes constitucionais para infringir a autoridade judicial"[654]. Diante de tal circunstância, o Judiciário antes de proferir uma decisão anteciparia a reação dos demais Poderes do Estado, de maneira que esta atuaria como um constrangimento, ainda que não efetivado[655].

Esta consideração é importante porque o Judiciário, na formulação clássica de Alexander Hamilton, não detém nem a "Espada", nem a "Bolsa", isto é, depende da cooperação dos demais poderes para ver suas decisões cumpridas[656], diante de sua "modesta reserva de recursos coercitivos"[657]. Assim, por exemplo, um Tribunal que profere decisões de impossível cumprimento do ponto de vista fático ou político corre grave risco de se colocar numa situação

---

[649] A superação de decisões do STF por meio de emendas constitucionais é relativamente comum no campo tributário, matéria na qual o texto constitucional é bastante minucioso. Assim, por exemplo, a EC nº 29/2000 incluiu expressamente a possibilidade do IPTU ser progressivo em razão do valor venal do imóvel, circunstâncias de interesse dos Municípios e que havia sido vedada no RE nº 153.171.

[650] A possibilidade de reversão de decisões do STF e consequente desautorização da interpretação constitucional do órgão por meio de mera lei infraconstitucional, e não por meio de emenda constitucional, é objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial. Sobre o tema, vide BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais*. Op. Cit., pp. 300-308.

[651] O melhor exemplo dessa circunstância é a guinada conservadora dada pela Suprema Corte americana a partir da presidência de Ronald Reagan analisada na seção 2.1.

[652] No Brasil, historicamente o STF sofreu ataque institucionais dos demais poderes por diversas vezes; exemplificativamente, vide a nota de rodape nº 501.

[653] Deve-se destacar, entretanto, que os distintos mecanismos, embora todos sejam possibilidades de reação dos demais poderes à atuação do Judiciário, não podem ser equiparados do ponto de vista normativo. Assim, por exemplo, a edição de uma emenda constitucional que supere o entendimento do STF em uma determinada questão pode ser entendida como parte de um processo legítimo de diálogo constitucional entre as diferentes instituições, enquanto a cassação de Ministros representa um ataque frontal à independência judicial (BRANDÃO, R. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionai*. *Op. Cit, passim*; FEREJOHN, J. "Independent judges, dependent judiciary". *Op. Cit.*, p. 355).

[654] "*The independence of the judiciary* [...] *as opposed to that of individual judges, is dependent on the 'willingness' of popular branches of government to refrain from using their ample constitutional powers to infringe on judicial authority*" (FEREJOHN, J. "Independent judges, dependent judiciary". *Op. Cit.*, p. 382). Por outro lado, essa afirmação deve ser contextualizada dentro do sistema constitucional americano, em que as competências judiciais ou mesmo o número de membros da Suprema Corte não estão definidos no texto constitucional, podendo ser alterados com maior facilidade pelo legislador. Assim, segundo Arguelhes e Ribeiro, a constitucionalização desses elementos, bem como de um amplo leque de garantias institucionais, tornariam o Judiciário brasileiro especialmente protegido de ataque de outros poderes (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, p. 420).

[655] FRIEDMAN, B. *The Politics of Judicial Review*. *Op. Cit.*, p. 312; BATEUP, Christine, "Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective". In: *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 44, 2006, pp. 17-18 Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/44>. Acesso em 11 out. 2016.

[656] *Ibidem*, p. 16.

[657] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 118.

desprestígio institucional. Neste sentido, a possibilidade e a perspectiva de cumprimento das decisões é uma preocupação corrente dos juízes[658]. O próprio impacto concreto de determinada decisão, portanto, é modulado pelas relações de poder pós-julgamento entre aqueles que defendem e se opõe a sua implementação[659].

Finalmente, um dos fatores mais importantes destacados pelas teorias positivas, e de grande relevância para o presente estudo, é a opinião pública. Os autores americanos estabelecem uma correlação entre a jurisprudência da Suprema Corte e o sentimento social prevalente, de forma que aquela "não age exclusiva ou persistentemente em oposição à opinião pública"[660]. Dentre os fatores levantados para tanto estão a preocupação dos juízes com a sua reputação pessoal ou com a legitimidade institucional da Corte; a dificuldade de implementar decisões especialmente impopulares, em razão da resistência popular e da falta de incentivos para os agentes dos demais poderes, submetidos a considerações eleitorais, as cumprirem; a necessidade de se proteger de investidas dos demais poderes[661]; ou mesmo indiretamente, em razão do processo de seleção dos membros da Suprema Corte por agentes eleitos[662].

Friedman concede, por outro lado, que a interação entre a Corte e a opinião pública acontece de maneira complexa e mediada, de forma que a atuação daquela não será necessariamente especular da visão social sobre um determinado tema. O autor utiliza a imagem de uma corda de *bungee jumping* para retratar esta relação: embora haja certo espaço de folga para se movimentar, caso os *Justices* se distanciem demais das preferências populares a tendência é que sejam rapidamente puxados de volta; quanto mais distantes forem, mais violentamente serão trazidos de volta[663].

Esta imagem reflete a ideia de que a opinião pública não molda as decisões da Suprema Corte somente pela antecipação de resultados, i.e., pela leitura que os *Justices* fazem das preferências do público antes de decidir, mas também pela reação popular às decisões. Neste sentido, uma primeira leitura constitucional sobre determinado tema pode ser revisitada e trazida mais próxima ao sentimento social numa segunda oportunidade, a partir das reações de apoio e oposição ao primeiro julgamento[664]. A *judicial review* seria, então, um mecanismo ou

---

658 BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia". *Op. Cit.*, pp. 274-275.
659 SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 117.
660 FRIEDMAN, B. "The Politics of Judicial Review". *Op. Cit.*, p. 323.
661 LAIN, C. B. "Upside-Down Judicial Review". *Op. Cit.*, p. 160.
662 EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. "Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why)". In: *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, 2010, p. 270.
663 FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. *Op. Cit.*, p. 373.
664 Assim, por exemplo, a Suprema Corte Americana em *Planned Parenthood v. Casey* (1992) reconheceu a constitucionalidade de uma série de limitações ao direito ao aborto tal qual formulado em *Roe v. Wade* (1973), adotando uma postura mais moderada e conectada à opinião majoritária do que havia sido adotada num primeiro

um catalisador para convergir a opinião popular com os significados da Constituição[665]. A dinâmica é assim retratada por Friedman:

> A mágica do sistema dialógico de determinação do significado constitucional é que ele funciona independentemente de os juízes julgarem de forma acertada ou não – precisamente porque tudo de importante acontece depois que eles proferem sua decisão. O que a história demonstra com certeza não é que as decisões da Suprema Corte estão sempre em sintonia com a opinião popular, mas que elas entram em sintonia uma com a outra *ao longo do tempo*. [...] É através desse processo de responsividade judicial à opinião pública que o significado da Constituição se forma. A Corte julga. O público responde. Ao longo do tempo, às vezes um longo período, a opinião pública se solidifica, e a Corte se alinha com a visão do público americano[666].

A consideração de todos estes fatores tem por objetivo construir um retrato positivamente mais adequado da atuação do Judiciário, a partir do diálogo com a ciência política. A conclusão é a de que, na verdade, a atuação da Suprema Corte é, em grande medida, majoritária e representativa da vontade popular[667]. Se, por um lado, esta afirmação elimina ou ao menos atenua a dificuldade contramajoritária e a pecha de atuação antidemocrática dos juízes[668], por outro coloca em questão para quê serve, em última análise, o Judiciário[669].

Essa ampla gama de fatores, cuja interação em cada caso se dá de forma complexa, de tal sorte que é praticamente impossível formular afirmações peremptórias acerca do grau de

---

momento. Com efeito, a decisão de 1973 gerou um intenso *backlash* que galvanizou um forte discurso conversador da direita religiosa americana (MELLO, P. P. Cs. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 316-317).

665 FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. *Op. Cit,* p. 367.

666 "*The magic of the dialogic system of determining constitutional meaning, however, is that it works whether the judges rule properly or not--precisely because everything important happens after they render their decision. What history shows is assuredly not that Supreme Court decisions always are in line with popular opinion, but rather that they come into line with one another over time*. [...] *It is through the process of judicial responsiveness to public opinion that the meaning of the Constitution takes shape. The Court rules. The public opinion responds. Over time, sometimes a long period, public opinion jells, and the Court comes into line with the considered views of the American people*" (FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. *Op. Cit*, p. 382-383).

667 FRIEDMAN, B. "Mediated popular constitutionalism". *Op. Cit.*, p. 2597; LAIN, C. B. "Upside-Down Judicial Review". *Op. Cit.*, pp. 113-183; BATEUP, C. "Expanding the Conversation". *Op. Cit.*, pp. 18-19.

668 Igualmente dentro de uma perspectiva dialógica, Bateup pontua que a percepção de que os demais Poderes e o povo de maneira geral tem capacidade de reagir às decisões do Judiciário, de tal forma que este não teria necessariamente a "última palavra", teria o mesmo condão de enfraquecer a crítica à *judicial review* baseada na dificuldade contramajoritária (BATEUP, Christine. "The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue". In: *Brooklyn Law Review*. v. 71, n. 3, 2006, p. 1121).

669 Neste sentido, Friedman destaca que duas visões opostas sobre a *judicial review* se digladiam nas teorias normativas: uma primeira que a vê como uma ameaça à democracia e uma segunda que a entende como uma esperança à proteção de direitos. Ambas as visões, entretanto, apresentam relatos positivamente ingênuos de como a *judicial review* ocorre de verdade (FRIEDMAN, B. *The Politics of Judicial Review*. *Op. Cit.* p. 309). Patrícia Perrone destaca a tensão existente entre a importância que os Ministros reconhecem deve ser dada ao sentimento popular, como forma de legitimar a decisão adotada perante à opinião pública, e o papel contramajoritário que a Corte deve adotar na defesa dos direitos fundamentais das minorias e do processo democrático (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 333-334).

influência de cada elemento em determinado julgamento, revela que o Judiciário tem uma capacidade limitada para se opor aos demais poderes e à sociedade. Em outras palavras, ele pode até se descolar das preferências políticas e sociais, mas dentro de uma extensão e até certo limite[670]. Tal percepção coloca em xeque uma visão romantizada da independência judicial segundo a qual os juízes estariam livres para tomar qualquer decisão em qualquer caso. Segundo Fisher:

> Para a sua própria proteção institucional, tribunais precisam levar em consideração movimentos sociais e a opinião pública [...] A Corte mantém sua força ao seguir um curso aceitável aos limites permitidos pela opinião pública. Isso não a torna em verdade um órgão político da mesma forma que o Congresso ou o Presidente, mas pragmatismo e julgamento político devem temperar a análise jurídica abstrata[671].

O recurso à teoria de David Easton sobre apoio difuso e apoio específico às instituições é recorrentemente utilizado para explicar os limites e possibilidades para a atuação da Corte *vis-à-vis* à opinião pública[672]. O apoio específico existe quando determinada decisão ou política adotada por uma instituição está de acordo com a opinião ou interesses de uma pessoa ou grupo, por exemplo, quando um Tribunal profere uma decisão que me beneficia ou com a qual eu concordo, independente do meu sentimento em relação ao órgão ou autoridade que proferiu a decisão[673]. Por outro lado, o apoio difuso a uma determinada instituição transcende decisões e políticas específicas, podendo ser compreendido como um apoio institucional mais geral ou uma "reserva de atitudes positivas" em relação àquele órgão, sendo mais durável que o apoio específico[674]. Obviamente, os dois tipos de apoio se relacionam: uma Corte que somente profira decisões contrárias ao sentimento social tenderá a perder apoio difuso[675], ao passo que uma

---

[670] "O veto judicial necessariamente precisa se encaixar dentro de uma faixa aceitável ao julgamento popular ao longo do tempo" ("*the judicial veto necessarily must fall within a range acceptable to popular judgment over time*", FRIEDMAN, B. "Mediated popular constitutionalism". *Op. Cit.*, p. 2601). Igualmente, "a jurisdição constitucional se move, naturalmente, dentro de certa *faixa de aceitabilidade política e social* – delimitada pelo desenho institucional vigente, pelas interações pretéritas e correntes entre a jurisdição e o sistema político e pela própria cultura jurídica dominante" (MENDONÇA, E. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". Op. Cit. p. 156, grifos no original).

[671] "*For their own institutional protection, courts must take account of social movements and public opinion*. […] *The Court maintains its strength by steering a course that fits with the permissible limits of public opinion. This reality does not make it a political body in the same sense as Congress and the President, but pragmatism and statesmanship must temper abstract legal analysis*" (FISHER, L. *Constitutional Dialogues*. *Op. Cit.*, p. 12).

[672] Assim, por exemplo, o estudo clássico CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. "The etiology of public support for the Supreme Court". In: *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, 1992, pp. 635-644.

[673] EASTON, David. "A re-assessment of the concept of political support". In: *British Journal of Political Science*, v. 5, n. 4, 1975, pp. 437-439.

[674] *Ibidem*, p. 444.

[675] Assim, Easton defende que caso exista uma falta de apoio específico durante período de tempo considerável a várias decisões adotadas por uma instituição ou desconfiança em relação a uma série de ocupantes de um

Corte que desfrute de um elevado apoio difuso, inclusive por ter proferido muitas decisões especificamente apoiadas, pode se dar ao luxo de esporadicamente enfrentar a opinião popular em determinados julgamentos[676].

De acordo com a teoria, a Suprema Corte, gozando de um elevado apoio difuso teria à sua disposição um "estoque de decisões contramajoritárias", que lhe permitiria tomar decisões contrárias à opinião popular – i.e. decisões sem apoio específico – sem precisar se preocupar em perder seu prestígio social[677]. Ademais, um elevado apoio popular difuso também serviria a evitar ataques institucionais dos demais poderes. Este amplo apoio difuso decorreria da soma do apoio específico a um grande número de decisões[678] e do apoio mais geral à ideia de um Judiciário independente. Com efeito, no caso brasileiro, os tribunais costumam gozar de uma confiança popular expressivamente maior que a do Poder Executivo ou do Parlamento[679]. No caso do STF, a proeminência que o Tribunal ganhou a partir de 2012 com o julgamento do "mensalão" (Ação Penal nº 470), para a qual o televisionamento das sessões de julgamento foi

determinado cargo, esta falta de apoio pode se transferir para a instituição como um todo, gerando consequências negativas sobre o apoio difuso (*Ibidem*, p. 449).

[676] Uma questão importante que deve ser considerada diz respeito à saliência das decisões; com efeito, uma parcela muito reduzida dos julgamentos de um tribunal, mesmo no caso de uma Suprema Corte que conte com televisionamento das sessões, como o STF, é capaz de despertar o interesse do público e da mídia. Nestes casos, em que a corte "voa abaixo do radar", ela detém maior liberdade para decidir de forma que seria contrária a opinião popular (FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. *Op. Cit.*, pp. 377-378).

[677] FRIEDMAN, B. "Mediated popular constitutionalism". *Op. Cit.*, p. 2626.

[678] Neste sentido, "a Suprema Corte profere, ao longo do tempo, muitas decisões populares e algumas impopulares. As decisões populares geram uma espécie de 'reserva de credibilidade', de 'apoio difuso', que constitui o 'capital político' da Corte. Quanto maior for tal 'reserva', maior será a sua liberdade para tomar decisões contra-majoritárias, que não gozarão do apoio específico da população. Por outro lado, nenhuma instituição política é capaz de se manter sistematicamente em confronto com as opiniões dominantes na sociedade. Tal 'capital político' é finito e deve ser utilizado com parcimônia. Caberá à Corte avaliar quanto deve fazer uso dele" (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, p. 315).

[679] Assim, por exemplo, pesquisa realizada pelo IBOPE Inteligência em 2015 para medir o "índice de confiança social" de diversas instituições retornou um índice de apoio de 46 pontos do Poder Judiciário, numa escala de 0 (nenhum apoio) a 100 (apoio total), em comparação com 30 pontos do Governo Federal e 22 pontos do Congresso Nacional (IBOPE Inteligência. *Indíce de Confiança Social 2015*. 2015. 14p. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em 11 out. 2016). Igualmente, a pesquisa Latinobarómetro de 2015 mediu a confiança dos brasileiros em uma série de instituições e revelou um apoio um pouco maior ao Judiciário do que aos demais poderes. Os resultados obtidos mostram que o Poder Judiciário tinha muita ou alguma confiança de 31,7% dos respondentes e pouca ou nenhuma para 63,9%, enquanto para o Congresso os índices foram de 18,6% e 76,8% e para o Governo 18,8% e 79,8%, respectivamente (base de dados disponível em http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp). Dados semelhantes foram obtidos pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, em que o Judiciário desfruta da confiança de 29% da população, índice expressivamente maior do que os do Presidente da República (11%), Congresso Nacional (10%) e Partidos Políticos (7%), as três instituições pesquisadas com menor confiança dos brasileiros (FUNDAÇÃO Getúlio Vargas. Escola de Direito de São Paulo. *Índice de Confiança no Judiciário aponta que 29% da população confia no Judiciário*. Publicado em 18 out. 2016. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/noticia/indice-de-confianca-judiciario-aponta-29-populacao-confia-judiciario>. Acesso em 11 nov. 2016).

essencial, contribuiu para um acréscimo de legitimidade e saliência do órgão perante a opinião pública, com destaque para alguns Ministros individualmente[680].

Assim, o que se pretende neste presente tópico é analisar algumas circunstâncias que podem favorecer ou limitar a capacidade do STF de atender às distintas demandas formuladas pelo movimento LGBT, com base na investigação dos fatores extra-normativos presentes nos casos que compõem o acervo de decisões do Tribunal no tema. A consideração destas contingências "extra-normativas" ou "extra-jurídicas" não apenas contribui para um retrato positivamente mais adequado dos órgãos judiciais para fins acadêmicos, mas também – e talvez principalmente – para a sua utilização de forma inteligente para fins de litígio estratégico dos movimentos sociais. Neste sentido, um exame que encare o Tribunal como um mero "fórum de princípios", no qual a força do melhor argumento inexoravelmente irá prevalecer, e deixe de considerar outras circunstâncias politicamente relevantes que podem influenciar o desfecho final da causa pode fazer com que o recurso ao STF acabe "saindo pela culatra".

Deve ser mais uma vez repisado, dentro deste quadro, que o movimento LGBT não é uma entidade monolítica, uma vez que congrega uma série de identidades heterogêneas, dentro da ideia já trabalhada de um "movimento guarda-chuva", com demandas plurais e nem sempre harmônicas entre si. Embora tal circunstância agregue complexidade a qualquer análise que envolva os direitos ou o movimento LGBT, ela possibilita algumas reflexões interessantes acerca da construção das demandas dos movimentos sociais, das disputas e assimetrias internas que os marcam, etc. Assim, cabe destacar que nem todos os segmentos e demandas do movimento são pronta e igualmente assimiláveis pelo Judiciário, uma vez que estão, por exemplo, submetidos a níveis de estigma social distintos.

Neste sentido, um dado interessante foi levantado por Rosa Maria Oliveira, em pesquisa quantitativa acerca das decisões dos tribunais superiores envolvendo questões LGBT. Analisando a identidade de gênero ou orientação sexual das partes envolvidas em decisões proferidas pelos Tribunais Superiores até 2011, a pesquisa verificou 203 decisões envolvendo homossexuais masculinos, 55 das quais no STM; 40 decisões envolvendo lésbicas; e apenas 21 decisões envolvendo travestis ou transexuais[681]. Mesmo descontado o número expressivo de decisões proferidas pelo STM, em razão de fatores discutidos mais adiante, a desproporção no nível de acesso aos tribunais é bastante expressiva. É possível deduzir razoavelmente destes

---

[680] CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. "Explicando o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal". In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 351; MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 358 *et seq.*

[681] OLIVEIRA, R. M. R. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil*. *Op. Cit.*, p. 55.

dados que a intensidade da estigmatização social que atinge as diferentes "letras" da comunidade LGBT se relaciona à sua capacidade de acessar o Judiciário, ao menos suas instâncias superiores.

A literatura costuma destacar a atuação incremental da Suprema Corte na tutela de direitos fundamentais[682]; segundo Scheingold, "qualquer inovação a vir das cortes é virtualmente certa de tomar a forma de pequenos e erráticos avanços"[683]. Assim, os direitos seriam garantidos aos poucos, primeiro aqueles menos controvertidos, passando lentamente a questões moralmente mais espinhosas, em julgamentos inicialmente limitados e minimalistas, e posteriormente mais amplos. O caso dos direitos LGBT permite verificar não apenas esta situação em relação aos direitos de uma determinada minoria específica, digamos, do reconhecimento da inclusão do companheiro homoafetivo como dependente num plano de saúde até o direito ao casamento ou a adoção, mas também em relação aos direitos de cada um dos grupos que integram a sigla, em relação ao seu nível de estigmatização, por exemplo, primeiro direitos de gays e lésbicas, posteriormente direitos de transexuais e travestis.

Esta atuação incremental, que vai tateando de maneira cautelosa os limites da opinião pública a cada decisão a favor dos direitos de determinado grupo impopular, faz sentido dentro da ideia vista anteriormente de que a jurisprudência da Suprema Corte deve se encaixar dentro de um limite aceitabilidade pela opinião pública. Neste sentido, Fisher entende que "apesar de juízes deverem ser líderes da opinião pública, eles nunca devem se distanciar tanto à frente que o público os perca de vista"[684].

4.1. União Homoafetiva (ADPF nº 132 e ADI nº 4277)

Passando à análise efetiva da jurisprudência do STF, o primeiro ponto da pauta de demandas de direitos LGBT a ser levado à Corte foi o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, e sua caracterização enquanto entidades familiares. Embora a grande decisão sobre o tema tenha sido, sem qualquer sombra de dúvida, o julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4277, em 2011, não foi a primeira vez que o assunto foi levado à Corte.

---

[682] FISHER, L. *Constitutional Dialogues*. *Op. Cit.*, p. 10.
[683] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 107.
[684] "*Although judges should be leaders of public opinion, they must never get so far out in front that the public loses sight of them*". FISHER, L. Constitutional Dialogues. *Op. Cit.*, p. 13.

A primeira vez que o STF se manifestou positivamente sobre a concessão de efeitos jurídicos às uniões entre pessoas do mesmo sexo foi na Petição nº 1.984, decidida pelo então Ministro-Presidente Marco Aurélio em 2003, em que o INSS requeria a suspensão dos efeitos da liminar deferida em ACP ajuizada pelo Ministério Público Federal, a que se atribuiu efeito nacional, para obrigar o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. O Ministro rechaçou o pedido, mantendo os efeitos da decisão na ação coletiva[685].

A questão do reconhecimento da legitimidade das uniões homoafetivas[686] enquanto entidades familiares foi analisada pelo STF pela primeira vez na Medida Cautelar da ADI nº 3300, decidida monocraticamente pelo Ministro Celso de Mello em 2006. Na decisão, se pedia o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, que limitava a figura da união estável aos casais compostos por pessoas de sexos diferentes. Todavia, quando do julgamento, como o novo Código Civil já estava em vigor, e disciplinando exaustivamente a matéria, o Ministro entendeu estar a lei revogada, e, portanto, a ação sem objeto[687]. Não obstante, assinalou seu entendimento no sentido de que as uniões homoafetivas deveriam ser reconhecidas em igualdade de direitos às uniões heteroafetivas.

Finalmente, como é de amplo conhecimento, o STF reconheceu em 2011 a legitimidade constitucional das uniões homoafetivas, em decisão proferida no julgamento conjunto da ADI nº 4277, subscrita pela Vice-Procuradora Geral da República Deborah Duprat, e da ADPF nº 132, ajuizada pelo então Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral[688]. Ambas as ações pediam basicamente que fosse dada interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723

---

685 Trata-se da ACP nº 2000.71.00.009347-0, ajuizada na seção judiciária do Rio de Grande do Sul da Justiça Federal. A partir desta ACP, o INSS elaborou a Instrução Normativa nº 25/2000, regulamentando em caráter geral os direitos dos casais homossexuais em face da previdência.

686 A escolha pelo uso das expressões "união homoafetiva", "adoção homoafetiva" e "casamento homoafetivo" nesta seção visa a retratar um certo "vocabulário nativo", uma vez que a conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo é usualmente designada desta forma nas manifestações do STF e seus Ministros, e mesmo dos tribunais de maneira geral. Assim, por exemplo, na íntegra do acórdão das ADPF nº 132 e ADI nº 4277, os termos homoafetivo(s) e homoafetiva(s) aparecem um total de 205 vezes, enquanto o termo homossexual(is) aparece somente 135 vezes. Não se ignora, por outro lado, que os termos e a própria ideia de "homoafetividade" é problemática, representando em alguma medida uma "higienização" das sexualidades desviantes, conforme apontado na nota de rodapé nº 229.

687 Por outro lado, cabe destacar que, mesmo que não houvesse o referido empecilho ao julgamento, a ADI havia sido ajuizada pelas Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, de forma que, nos termos da sua jurisprudência tradicional sobre a abrangência do art. 103, IX da Constituição, o STF provavelmente não julgaria a ação de qualquer forma.

688 Cabe anotar que Sérgio Cabral, quando Senador, apresentou em 2003 a PEC nº 70, para alteração do §3º do Art. 226 da Constituição para previsão expressa da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, embora posteriormente tenha retirado a proposta em 2006.

do Código Civil, que regula as uniões estáveis, para entender que no mesmo dispositivo estariam albergadas as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

A decisão proferida foi unânime, ressalvado impedimento do Ministro Toffoli, que já havia dado parecer positivo sob o tema como Advogado-Geral da União. Não obstante, uma das consequências do sistema de deliberação externa e construção agregativa da decisão do STF é a possibilidade de que os ministros cheguem à mesma solução em razão dos mais distintos fundamentos normativos e métodos interpretativos[689]. Assim, a análise da decisão se torna, em certa medida, a análise de onze decisões diferentes, cada uma com o seu próprio percurso argumentativo.

Embora a análise pormenorizada de cada um dos votos corra o risco de se tornar enfastiante, cabe traçar alguns comentários sobre os principais argumentos levantados. O acórdão, que tradicionalmente é escrito pelo Ministro Relator com grande liberdade e pouco controle posterior, reflete a posição abrangente adotada pelo Ministro Ayres Britto[690]. Assim, o acordão reconheceu o direito à liberdade sexual a partir da proibição da discriminação em razão do sexo; e negou qualquer limitação pelo texto constitucional do reconhecimento familiar aos casais heterossexuais, defendendo o seu caráter aberto e capacidade de aprendizagem em reação à "caminhada na direção do pluralismo" e o "avanço no campo dos costumes".

Analisando o voto do Ministro Relator Ayres Britto propriamente dito, após enfrentadas as questões preliminares[691], este passou a analisar o significado constitucional da vedação da

---

[689] Assim, "as decisões do STF sobre direitos – mesmo quando unânimes – na verdade escondem um agudo desacordo entre os Ministros sobre como interpretar a igualdade e como interpreter o papel da suprema corte em nossa separação de poderes" ("*STF rights decisions – even when unanimous – in fact hide an acute disagreement among Justices on how to interpret equality, and on how to interpret the role of the apex court in our separation of powers*"; AMPARO, Thiago de Souza. "Notes on countermovements and conservative lawyering: the bumpy road to constitutional marriage equality in Brazil". In: *Direito GV Research Paper Series*, nº. 124, 43p. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2623262>. Acesso em 11 out. 2016). Esta dinâmica é objeto de intensa crítica doutrinária; para Virgílio Afonso da Silva, por exemplo: "como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma *colagem*, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas" (SILVA, Virgílio Afonso. "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública". In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009, pp. 217-218).

[690] A exceção fica pelo item 5, "divergência laterais quanto à fundamentação do acórdão", que refletem uma posição mais restritiva dos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, conforme será abordado.

[691] O Ministro entendeu pela perda de objeto parcial da ADPF nº 132, movida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, uma vez que a legislação estatutária pré-constitucional cuja interpretação correta se questionava, i.e., a possibilidade de as uniões com pessoas do mesmo de servidores estaduais serem consideradas para fins do gozo de benefícios estatutários, já havia sido reformada por meio da Lei Estadual nº 5.034/2007, para contemplar as uniões homoafetivas. Todavia, o Ministro entendeu que a ADPF encampava todos os argumentos lançados pela ADI nº 4277, no tocante à interpretação dos dispositivos do Código Civil, razão pela qual decidiu converter aquela em uma ADI. Ademais, entendeu cumprido o requisito da pertinência temática em razão do interesse específico

discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV), entendido como a "conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher", para reconhecer que a Constituição pretenderia combater os preconceitos sociais em relação as minorias discriminadas em razão do seu sexo. O Ministro advoga, entretanto, que a Constituição opera um "intencional silêncio" quanto à ideia de sexo entendida como o seu uso concreto (sexualidade), do que conclui que haveria autonomia *in casu*, uma vez que o que não está proibido, é juridicamente permitido. Neste sentido, a "orientação" ou "preferência" é abrangida pela autonomia da vontade e liberdade individual, sendo "direta emanação" da dignidade da pessoa humana, e apenas excepcionalmente regulável pelo direito[692]. Assim, o Ministro pretende incluir a vedação à discriminação em razão da preferência sexual – como uso concreto do "sexo" – dentro da vedação constitucionalmente positivada de discriminação pelo sexo[693].

A partir dessas premissas, o Ministro passa a analisar o tratamento constitucional da família, entendo-a como uma "complexa instituição social" e "principal lócus de concreção dos direitos fundamentais", concluindo que o avanço social e cultural tornaria impossível o seu "antecipado fechamento conceitual". Defende que os dispositivos constantes do art. 226 da Constituição, dentre os quais o problemático §3º, deveriam ser lidos à luz do seu *caput*, que toma a família como "base da sociedade", entendendo que a Constituição tomou o termo família em sentido amplo e aberto, capaz de abranger todos os arranjos concretamente observados no corpo social. Diante destes argumentos, concluiu pelo reconhecimento jurídico amplo às entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo.

---

do Governador do Estado em relação aos direitos e estatuto jurídico do funcionalismo estadual. A questão, por outro lado, nao foi objeto de consideração pelos demais Ministros.

692 "O que já põe o Direito em estado de alerta ou de especiais cuidados para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato". Por outro lado, deve-se notar que se a qualificação de algo como um "desvaria ético-social" permitiria a sua regulamentação – e limitação – pelo Direito, a própria regulamentação da autonomia sexual individual pretendida pelo relator em termos abrangentes se submete em algum nível as concepções morais majoritárias. Talvez fosse mais adequado enquadrar a pedofilia ao lado do estupro, como negação da liberdade do outro do que como um problema "ético-social" nos moldes do incesto.

693 Coacci critica essa concepção de sexualidade e gênero fortemente genitalizada, que vai em sentido contrário as teorias mais contemporâneas nesses temas. Ademais, a imbricação poderia trazer problemas no tema dos direitos de pessoas trans (COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Cit.*, p. 163). Rios apresenta um raciocino que chega a mesma solução, mas sem incorrer nesses problemas:: "a discriminação por orientação sexual é uma espécie discriminação por motivo de sexo, o que é vedado textualmente pelo direito. Isto porque a discriminação por orientação sexual é uma hipótese de diferenciação fundada no sexo da pessoa para quem alguém dirige seu envolvimento sexual, na medida em que a caracterização de uma ou outra orientação sexual resulta da combinação dos sexos dos envolvidos" (RIOS, R. R. "Direitos sexuais, uniões homoafetiva e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277)". *Op. Cit.*, p. 78)

Os Ministros Luiz Fux e Carmen Lúcia compartilharam das premissas do Ministro relator no tocante a serem os enlaces entre pessoas do mesmo sexo um fato da vida não vedado pelo direito. Assim, em não incorrendo em ilegalidade ou inconstitucionalidade, caberia perquirir qual o tratamento jurídico mais adequado a ser dispensado a essas entidades. Luiz Fux, a partir de uma análise do tratamento da família na ordem constitucional de 1988, como instituto jurídico funcionalizado à tutela dos direitos individuais dos seus membros, e entendendo não haver qualquer diferença fática relevante entre as uniões homoafetivas e as heteroafetivas, conclui pela necessidade de conferir-lhes idêntico tratamento jurídico. À mesma conclusão chega a Ministra Carmen Lúcia, entendendo que a Constituição garante o direito de cada um determinar seu modo de vida, incluída a vida afetiva, e veda que determinados sujeitos sejam tratados como "cidadãos de segunda classe".

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, apresentou o primeiro voto a divergir mais intensamente do caminho hermenêutico trilhado pelo relator, entendendo que, diante da literalidade do texto constitucional e dos debates travados na Assembleia Constituinte, não haveria como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em qualquer das entidades familiares positivadas na Constituição[694]. Defendeu, assim, se tratar de uma outra forma de entidade familiar não abrangida no rol do art. 226. A única resposta possível diante da ausência de regramento legal específico seria, portanto, o recurso à "técnica de integração, mediante o emprego da analogia", aplicando "no que couber" a disciplina do instituto jurídico mais assemelhado, no caso a união estável, exclusivamente heterossexual. Assim, votou pela extensão aos casais do mesmo sexo das "prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenha disposições normativas específicas que regulem tais relações".

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, destacou o caráter estigmatizado dos homossexuais, como minoria, e a progressiva abertura da sociedade em reconhecer-lhes direitos. Diante deste cenário, o Judiciário teria o papel fundamental de impedir o sufocamento

[694] "Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos. [...] Não se pode olvidar [...] que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*. E, no caso sob exame, tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em conta, ainda, a sua possível convolação em casamento."

de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas. Assim, aduz não haver alusão ou proibição às uniões homoafetivas no texto constitucional, mas sim um amplo rol de direitos fundamentais, a legitimar a concessão de efeitos jurídicos a estes enlaces, em face da ideia de reconhecimento, como emanação da dignidade da pessoa humana.

Seguindo a posição iniciado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Gilmar Mendes proferiu extenso voto, destacando que a proteção deveria ser feita primariamente pelo próprio Congresso Nacional, cuja inércia reclamaria a atuação judicial para resguardar um "modelo mínimo de proteção institucional". Neste sentido, em face da redação do §3º do art. 226 da Constituição cuja clareza impediria a adoção da técnica da interpretação conforme à Constituição[695], somente restaria ao STF a via da aplicação analógica do regramento das uniões estáveis (heterossexuais), às uniões homoafetivas[696]. Ademais, a posição também é explicada nos debates pelo Ministro por "um certo temor [...] de que a equiparação pura e simples das relações, tendo em vista a complexidade do fenômeno social envolvido, pode nos preparar surpresas as mais diversas". O Ministro fez, ainda, uma análise das diversas propostas legislativas sobre o tema que não lograram êxito ao longo dos anos, para concluir pela existência de uma dificuldade política no Congresso a produzir uma situação de desabrigo normativo a uma minoria. Diante deste quadro, a atuação judicial não seria propriamente um "ativismo judicial", e sim "cumprimento da essência da jurisdição constitucional", uma vez que o reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas decorreria portanto da proteção de um direito fundamental de uma minoria social, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dessas pessoas. Por outro lado, fiel a sua ideia de que o tema deveria ser primordialmente tratado no campo legislativo, defende que a solução adotada deveria ser"provisória", de maneira não a inibir, e sim a estimular a atuação do legislador.

O voto do Ministro Marco Aurélio rechaçou frontalmente a conclusão do Ministro Gilmar Mendes, ao defender que "a solução [...] independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais". Assim, passa a analisar os efeitos da dignidade da pessoa humana para a transformação do perfil da entidade familiar sob a ordem constitucional

---

695 "Logo, a expressão literal não deixa dúvida alguma de que nós estamos a falar de 'união estável entre homem e mulher'. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso. Por isso, a meu ver, a solução que aponte como fundamento suficiente para o caso apenas uma leitura interpretativa alargada do dispositivo mencionado seria extravagante à atuação desta Corte e em descompasso com a técnica de interpretação conforme à Constituição."

696 Patrícia Perrone critica a posição aparentemente contraditória do Ministro Gilmar Mendes, que defendeu os "limites literais do texto" e um papel comedido do Judiciário como "mero aplicador da lei", enquanto sua atuação judicial e acadêmica é conhecida por privilegiar uma postura bastante arrojada da jurisdição constitucional (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.,* p. 165).

de 1988, de maneira semelhante ao realizado no voto do Ministro Luiz Fux. Em que pese a dificuldade de determinar o significado da noção de "dignidade da pessoa humana", defende haver uma "zona de certeza positiva", dentro da qual estaria a liberdade individual para concretizar suas metas e projetos. Por fim, destaca que o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e a obrigação constitucional de não discriminação para concluir pela imposição de tratamento equânime entre as uniões heterossexuais e homossexuais.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, iniciou o seu voto com uma análise histórica do tratamento jurídico-penal da homossexualidade, "das ordenações do reino até o vigente Código Penal Militar". Passou, então a analisar a existência de um "imperativo constitucional" para o reconhecimento da união estável homoafetiva como legítima entidade familiar, em razão da vedação ao tratamento discriminatório, da liberdade, e da igualdade e do "postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade". Assim, defende inexistir "lacuna voluntária ou consciente" no texto do art. 226, §3º a impedir o reconhecimento. Ademais, destaca que o dispositivo foi incluído na constituição com intuito emancipatório e inclusivo em relação as famílias não matrimoniais, e que sua utilização para excluir arranjos familiares da proteção jurídica seria subverter o seu espírito. O Ministro destaca, ainda, que o julgamento se insere na noção de função contramajoritária do STF, a requerer uma atuação mais incisiva, bem como o novo paradigma constitucional do direito de família que tem por base a afetividade. Com base nestes fundamentos, defendeu a necessidade de conferir às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico aplicável as uniões estáveis heterossexuais.

Finalmente, o Ministro Cezar Peluso se alinhou à posição dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Em que pese ter entendido pela extensão dos efeitos jurídicos das uniões estáveis, "no que cabível", às uniões homoafetivas, o seu voto parece mais preocupado em grifar a desigualdade e a dessemelhança entre as uniões hétero e homossexuais[697] do que reconhecer os fundamentos normativos para a decisão. Por fim, defende que a situação requer em verdade a atuação do Poder Legislativo, entendendo que a decisão implica em uma "convocação [...] para que assuma essa tarefa".

---

[697] "E se deve preenchê-la [a lacuna normativa em relação a disciplina jurídica das uniões homoafetivas, segundo as regras tradicionais, pela aplicação da analogia, diante, basicamente, da similitude - não da igualdade -, da similitude factual entre ambas as entidades de que cogitamos: a união estável entre o homem e a mulher e a união entre pessoas do mesmo sexo. [...] De modo que, na solução da questão posta, a meu ver e de todos os Ministros da Corte, só podem ser aplicadas as normas correspondentes àquelas que, no Direito de Família, se aplicam à união estável entre o homem e a mulher. Mas nem todas, porque não se trata de situações absolutamente idênticas, senão, como todos tratamos, de equiparação, e de equiparação porque não há, na verdade, igualdade. E, portanto, é preciso respeitar aquilo que cada instituição, em si, tem de particular, não apenas por sua natureza extrajurídica, mas também pela própria natureza normativa de cada qual."

Diante do exposto, é possível perceber que, no que concerne aos efeitos e à abrangência da decisão, os votos podem ser divididos em dois grandes grupos. O grupo majoritário, formado pelos Ministros Ayres Britto (Relator), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, entendeu pela possibilidade da interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil e pela obrigatoriedade constitucional não apenas do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, mas também pela necessidade de que a sua disciplina normativa fosse a mesma conferida às uniões heteroafetivas, não havendo motivos a ensejar tratamento diferenciado[698]. A conclusão, portanto, foi pela existência de uma mesma entidade familiar, a união estável, tanto para casais do mesmo sexo, quanto para casais de sexos diferentes. O texto normativo do §3º do Art. 226 da Constituição foi objeto de uma "interpretação superadora da literalidade", nas palavras do Relator, para entender que a referência a "homem e mulher" seria apenas um reforço à previsão de igualdade entre os gêneros na família (art. 226, §5º da Constituição) e no direito em geral (art. 5º, I da Constituição), não podendo o dispositivo de índole francamente emancipatória ser interpretado de forma a discriminar casais homoafetivos e reforçar preconceitos constitucionalmente rechaçados. O Ministro-Relator chegou, inclusive, no final de seu voto, a apontar a impropriedade inconstitucional do tratamento diferenciado para casais homoafetivos em outras esferas, como o casamento e a adoção[699].

De outro lado, a corrente minoritária integrada pelos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, entendeu pelo descabimento da interpretação conforme na medida em que o dispositivo do Código Civil apenas reproduziu o disposto no art. 226, §3º da Constituição, não sendo próprio, portanto, em razão da literalidade do texto normativo constitucional, entender as uniões homoafetivas como uniões estáveis, devendo ser reconhecidas como outro tipo de entidade familiar, com base na não exaustividade do rol de entidades previstas nos parágrafos do art. 226. Todavia, diante da ausência de normas a regular esta modalidade de entidade familiar, deveria o STF por meio de interpretação analógica

---

[698] Em razão da supracitada dinâmica da deliberação e construção da decisão pelo STF, apesar de se ter classificado os votos destes oito ministros como pertencentes a uma mesma corrente, isto não quer dizer que não haja divergências por vezes expressivas entre eles, o que possibilita enquadramentos mais complexos do que a divisão dicotômica ora apresentada. Com efeito, Dimoulis e Lunardi entendem que somente quatro ministros – Ayres Britto, Carmen Lúcia, Marco Aurélio e Celso de Mello – teriam sido explícitos em relação à tese de uma proteção constitucional direta e equânime para as uniões homoafetivas (DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. "Sacredness of the Constitutional Text and Interpretative Heresy: The Brazilian Supreme Court Decision on Same-Sex Civil Unions". In: *Direito GV Research Paper Series* nº. 91, p. 6. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2428423>. Acesso em 11 out. 2016).

[699] Assim, Arguelhes e Ribeiro entendem que o STF retirou qualquer possibilidade de conformação do Congresso Nacional, ao entender *ex ante* que qualquer distinção entre casais hetero ou homossexuais será inconstitucional (ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "Criatura e/ou Criador". *Op. Cit.*, p. 433).

aplicar-lhes o mesmo regramento, no que cabível, da entidade familiar mais assemelhada, no caso a união estável, convidando, ainda, o Congresso Nacional a editar lei disciplinando a entidade familiar homoafetiva. Os votos que adotaram este entendimento destacaram não ser constitucionalmente obrigatório o tratamento igual entre a união estável heteroafetiva e a união homoafetiva, em função de diferenças entre os dois tipos de união – sem especificar, entretanto, que diferenças seriam estas –, buscando delimitar as consequências da decisão somente à aplicação do regime normativo das uniões estáveis às uniões homoafetivas[700], explicitando que a decisão não versava sobre temas tais como casamento, adoção ou mesmo consequências penais do reconhecimento da entidade familiar.

O STF posteriormente, por meio de sucessivas decisões, teve a oportunidade de reiterar o entendimento formulado nessa decisão (e.g. AgReg RE nº 477.554; AgReg RE nº 607.562; e AgReg RE nº 687.432). Ademais, por meio do RE nº 846.102, a Ministra Carmen Lúcia, em decisão publicada em março de 2015, reconheceu a legitimidade plena da adoção por casais homoafetivos, conforme será abordado no seguimento.

A união estável homoafetiva, embora inegavelmente uma conquista importante para o movimento, apresentava uma série de "facilidades" comparativas em relação a outras demandas de homossexuais e de outras"letras" da comunidade LGBT.

Primeiramente, deve ser destacado que a decisão não representou um *creatio ex nihilo* no tema, uma vez que a jurisprudência já discutia quais direitos deveriam ser reconhecidos para os casais homoafetivos há mais de uma década. Assim, pesquisa quantitativa realizada por Roesler e Santos, envolvendo acórdãos proferidos pelos Tribunais de Justiça estaduais com a chave de pesquisa "união homoafetiva" entre a entrada em vigor do Código Civil, 11.01.2003, e o último dia do ano anterior à decisão do STF, 31.12.2010, retornou 186 resultados considerados relevantes. Uma tendência apontada pela pesquisa foi o crescimento exponencial ao longo do tempo do número de decisões: enquanto em 2003 foram obtidos apenas 7 resultados, em 2010 foram 45. Para os autores, a partir das decisões pioneiras em sentido positivo, o reconhecimento das uniões homoafetivas passou a ser progressivamente entendido não mais como um sonho impossível, e sim como uma demanda juridicamente razoável,

[700] Comentando o voto do Ministro Lewandowski, José Reinaldo de Lima Lopes apresenta uma crítica à solução proposta pela corrente minoritária: "sua estratégia argumentativa transige com o passado, necessitando, pois, da referência analógica, sempre problemática porque na analogia as coisas se parecem, *mas não são exatamente as mesmas* (LOPES, José Reinaldo de Lima. "Comentando a decisão do STF". In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Homossexualidade e Direitos Sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011, p. 64, grifou-se)"

encorajando novos litigantes num processo de retroalimentação[701]. Apesar do crescimento do número de decisões proferidas, a proporção entre decisões favoráveis e desfavoráveis manteve-se razoavelmente equilibrada ao longo do período, de forma que os autores não identificaram uma jurisprudência dominante. Do total de acórdãos analisados, 56% admitiam alguma forma de equiparação entre as uniões estáveis e as uniões homoafetivas e 44% rejeitavam integralmente o pleito[702].

Por outro lado, a supracitada pesquisa realizada por Rosa Maria Oliveira verificou um total de 91 decisões proferidas pelos tribunais superiores até 2011, ano do julgamento, sobre reconhecimento de efeitos jurídicos a estes casais[703], o que revela um debate jurisprudencial de algum relevo sobre o tema. A primeira decisão proferida pelo STJ data de 1998, e envolveu a solução inicial formulada pela jurisprudência que reconhecia os casais do mesmo sexo como meras sociedades de fato[704]. Posteriormente a jurisprudência foi evoluindo, de forma nem sempre linear, para reconhecer progressivamente mais direitos aos casais do mesmo sexo, inclusive enquanto entidades familiares, em temas como direito a alimentos[705]; adoção[706], previdência privada[707], previdência pública (INSS)[708], plano de saúde de servidores públicos[709].

Ainda no âmbito do judiciário, é importante destacar que o TJRS, um dos mais progressistas na matéria, já havia editado ato normativo de caráter geral em 2004, com a finalidade de determinar aos serviços notariais gaúchos o registro de uniões entre pessoas do mesmo sexo[710].

---

[701] ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. "Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas". In: *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 10, n. 2, 2014, p. 620. No mesmo sentido, COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Cit.*, p. 40.

[702] ROESLER, C. R.; SANTOS, P. A. "Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas". *Op. Cit.,* p. 622. Os autores verificaram, ainda, uma grande concentração de casos nos tribunais de alguns Estados específicos, não diretamente relacionada à população relativa dos Estados (TJRS, 31 casos; TJMG, 13 casos; TJSP, 11 casos; TJPR, 09 casos). Ademais, verificou que alguns tribunais possuíam jurisprudência mais favorável no tema (TJRS), enquanto outros se mostravam mais conservadores (TJDFT), inclusive contrariando precedentes do STJ.

[703] Os temas das decisões variam enormemente, incluindo reconhecimento de uniões estáveis, sociedade de fato, casamento civil, alimentos, inventário, adoção, conflitos de competência para julgamentos de pensão por morte, pensão por morte privada ou pública, inclusão de beneficiário em plano de saúde, além de uma situação eleitoral. (OLIVEIRA, R M R. O. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil. Op. Cit.*, p. 30).

[704] REsp 148897. Por outro lado, comentando o julgado, Roger Raupp Rios aduz que "mesmo ao reconhecer os efeitos jurídicos patrimoniais de sociedade de fato instaurada entre homossexuais com, vida afetiva, sexual e patrimonial comum, igual ao que ocorre entre heterossexuais, a jurisprudência fez questão de emitir um juízo depreciativo da primeira compara à última, além de qualificá-la tal preferência como desvio moralmente recriminável" (RIOS, R. R. *Direito da Antidiscriminação*. Op. Cit., p. 73).

[705] REsp nº 1.080.323.

[706] REsp nº 889.852.

[707] REsp nº 1.026.981.

[708] REsp nº 523741.

[709] Agravo de Instrumento nº 925.656.

[710] Provimento nº 06/2004 da Corregedoria-Geral de Justiça do TJRS.

Ademais, ao longo dos anos 2000, um número crescente de atos normativos infralegais de diversas entidades e entes federativos previu direitos previdenciários, estatutários, e de outras ordens aos casais do mesmo sexo. O próprio STF já havia administrativamente admitido a possibilidade de inclusão de companheiro do mesmo sexo como dependente do plano de assistência à saúde e benefícios sociais do tribunal[711].

Neste sentido, a decisão do STF não "abriu o debate", tendo, pelo contrário, servido mais para, se não encerrá-lo, ao menos fechar uma rodada da discussão pública sobre o tema. É possível se afirmar que o STF atuou neste caso mais como um "ponto de chegada" do que um "ponto de partida" da discussão jurídica[712]. Tal fato foi claramente apontado pelo Ministro Fux em seu voto:

> A par de quaisquer juízos de valor, há um movimento inegável de progressiva legitimação social das uniões homoafetivas, o que se verifica, com particular agudeza, no campo previdenciário. Uma pletora de decisões judiciais proferidas na última década, por diversos órgãos jurisdicionais do país, reconheceu aos homossexuais o direito a percepção de pensão por morte de seus parceiros. [...] Portanto, o acolhimento dos pedidos formulados nas ações ora em exame será, ao fim e ao cabo, não um ponto de partida, mas uma resultante de outros vetores que já se encaminhavam para as mesmas conclusões.

Significa dizer, o julgamento serviu mais para sedimentar uma tendência que, em maior ou menor grau, começava a se desenhar do que para afirmá-la em face de uma jurisprudência renitente em sentido oposto[713] e para conferir maior segurança jurídica às famílias homoafetivas diante de posicionamentos jurisprudenciais diversos[714].

---

[711] Ato Deliberativo nº 27/2009.

[712] PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit.*, pp. 134-137. Por outro lado, segundo a autora, se por um lado o STF atuou como ponto de chegada em relação à discussão jurídica, a decisão que ele proferiu pode ser considerada como um ponto de partida em relação à abrangência dos seus efeitos e à mudança de paradigma produzida, que sepultou os argumentos em sentido contrário (*Ibidem*, p. 138). É interessante notar como o complexo sistema de constitucionalidade brasileiro atuou para possibilitar o reconhecimento das uniões homoafetivas; em um primeiro momento, o tema foi tratado por meio do controle difuso e concreto, e, a partir do momento em que o debate judicial atingiu determinado nível de "maturidade", acionou-se o controle concentrado e abstrato, que sedimentou de maneira *erga omnes* o entendimento que começava a se desenhar em uma miríade de decisões com efeitos meramente *inter partes*.

[713] SCHULENBERG, Shawn. "Policy Stability without Policy**:** The battle over same-sex partnership recognition in Brazil". *American Political Sciense Association Annual Meeting Paper*. Toronto, 2009, p. 18. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1451907>. Acesso em 11 out. 2016.

[714] "Quando à ADPF n. 132/ADI n; 4.277, o STF não inovou ao decidir favoravelmente ao reconhecimento de uniões homoafetivas. Isso era algo já reconhecido em alguns Tribunais há mais de 10 anos, ou seja, o reconhecimento de direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde de casais homoafetivos já não era algo desconhecido nos Tribunais. Contudo, o reconhecimento da união estável homoafetiva por analogia ao disposto no Código Civil dividia opiniões; apesar de haver decisões favoráveis (principalmente no TJRS), em outros Tribunais havia um bom número de decisões em contrário". (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. "ADI Nº 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união

Retratando esse panorama, o Ministro Relator, narra que foram solicitadas informações aos Tribunais de Justiça, tendo cinco deles (Acre, Goiás, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná) se posicionado a favor da equiparação entre as uniões homo e heteroafetivas e dois (Distrito Federal e Territórios e Santa Catarina) se posicionado de forma contrária.

Assim, além do caráter incremental da jurisprudência da Suprema Corte ao qual aludimos antes – primeiro os direitos menos polêmicos e as identidades com maior aceitação, depois as demandas mais controvertidas e grupos mais estigmatizados – é possível perceber um caráter incremental também em cada um dos direitos. Como já destacado, a decisão do STF veio a reboque de um processo ocorrido nas instâncias inferiores, em que decisões pioneiras passaram a reconhecer direitos limitados a casais do mesmo sexo, posteriormente e com o tempo, estes direitos foram se ampliando e as decisões se multiplicando até que finalmente, quando já havia *momentum* suficiente para tanto, o STF proferiu sua decisão[715].

Corroborando este raciocínio, Corinna Barrett Lain, analisando três julgamentos importantes da Suprema Corte Americana[716] observou um padrão: as decisões pareciam se inserir dentro de um processo político já em curso, antecipando-o em algumas etapas, mas não mudando drasticamente a sua rota. As decisões da Suprema Corte, neste sentido, podem ser mais bem entendidas como o "coroamento" do processo no qual se inserem, ao romper a resistência das forças recalcitrantes contra a "marcha da história". A autora destaca, por outro lado, que os *Justices* são suscetíveis de interpretar equivocadamente a direção e a intensidade do processo que pretendem arrematar, o que pode gerar *backlash* do público à decisão[717].

Schulenberg destaca que essa efervescente jurisprudência teria gerado duas consequências importantes para a demanda pelo reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo: em primeiro lugar, ter forçado um debate social sobre o assunto; e em segundo lugar, ter convencido vários órgãos e entidades da burocracia estatal a reconhecer direitos aos casais do mesmo sexo no âmbito da sua atribuição[718]. É razoável supor que, em alguma medida,

---

homoafetiva: O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família". In: *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, 2013, p. 67.

[715] Escrevendo em um momento anterior ao julgamento *Obergefell v. Hodges*, Klarman, ponderando sobre o processo incremental de reconhecimento do direito por um número cada vez maior de Estados, vaticinou que, eventualmente, quando um número suficiente houvesse garantido o direito ao casamento, a Suprema Corte iria reconhecê-lo de forma nacional (KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. xvii).

[716] Os casos analisados são *Brown v. Board of Education* (1954), que promoveu a dessegregação racial das escolas; *Furman v. Georgia* (1972), que restringiu severamente a aplicação da pena de morte; e *Roe v. Wade* (1973), que garantiu o direito de aborto.

[717] LAIN, C. B. "Upside-Down Judicial Review". *Op. Cit*.

[718] SCHULENBERG, S. "Policy Stability without Policy". *Op. Cit.* p. 20.

esse avanço prévio do debate aliviou a pressão sobre o STF quanto este precisou enfrentar o tema[719].

Este processo apresenta aproximações e afastamentos importantes com o de aprovação do casamento gay ocorrido na Colômbia, conforme estudado. Isto porque se a decisão do STF pode ser entendida em certa medida como um "capítulo final" de um processo que se desenrolou perante outras instâncias judiciais, no caso colombiano este processo transcorreu integralmente perante a Corte Constitucional, em uma série sucessiva de decisões que foram reconhecendo crescente legitimidade jurídica aos casais do mesmo sexo.

De início ambos revelam que uma transformação social tão profunda normalmente não ocorre de forma judicial "da noite para o dia", sendo um processo incremental e transformativo que requer um determinado lapso de tempo. Por outro lado, o modelo colombiano permite um acesso muito facilitado à Corte Constitucional, ao contrário do que ocorre, por exemplo, e por razões distintas, com o STF e a Suprema Corte americana. Neste sentido, o fato de todo o debate ter ocorrido perante o mesmo juízo, levanta algumas questões interessantes: em primeiro lugar, no sentido de que facilita a atuação do movimento organizado, especialmente dada a facilidade de acesso à Corte Constitucional colombiana; em segundo lugar, dada a importância do tribunal, as diferentes decisões recebem maior cobertura da mídia e apresentam um potencial de gerar um debate social mais intenso sobre um tema muito maior do que uma miríade de decisões pulverizadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Brasil[720].

Ademais, cabe destacar que a união homoafetiva se tratava de uma demanda do grupo menos estigmatizado dentro da "sopa de letrinhas" do movimento; pessoas trans e travestis, por exemplo, são objeto de menor aceitação social que pessoas homossexuais. A demanda foi posta, de maneira estratégica, não em relação ao casamento, mas sim à união estável, entendida como um pleito menos ousado e, nesse sentido, mais possível, dentro de uma lógica incremental de conquista de direitos[721]. Neste sentido, Schulenberg afirmou, em 2009, que a ABGLT não

---

[719] Em sentido semelhante, Scheingold: "O que os críticos comumente buscam desacreditar como uma mudança dramática de curso pelas cortes normalmente revela ser em exame mais detalhado o abandono de precedentes já enfraquecidos por decisões anteriores" ("*What opponents often seek to discredit as dramatic changes in course by courts usually appear on closer examination to be the abandonment of precedents already weakened by earlier decisions*"; SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights. Op. Cit.* p. 108).

[720] Assim, Jane Reis destaca que uma das vantagens da "verticalização da jurisdição constitucional" no STF é justamente "a sua maior visibilidade, que carreia maior cobrança e vigilância da sociedade e da mídia". (PEREIRA, J. R. G. "O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais". *Op. Cit.*, p. 142)

[721] SARMENTO, Daniel. "Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: perspectivas constitucionais". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeito: Lumen Juris, 2010, p. 619; GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. Op. Cit. p. 104.

estaria promovendo uma luta pelo casamento gay, a partir da noção de que as "uniões civis" ("*civil unions*") já seriam "um avanço suficiente" naquele momento[722].

Além disso, o reconhecimento enquanto uma entidade familiar dentro do rol de arranjos já existentes, como a união estável e o casamento, representa uma ruptura apenas parcial em relação à moral tradicional, vez que as uniões estáveis homoafetivas continuam se baseando em uma série de pressupostos como, por exemplo, ser formada por apenas duas pessoas, monogamia, etc[723]. Não à toa, a própria ideia de união e casamento homossexual sofre críticas de alguns setores do próprio movimento LGBT, em razão da sua insuficiência e caráter assimilacionista, como visto anteriormente.

Outra característica marcante, relacionada à anterior, é o fato de que a decisão previu apenas a extensão de um direito já existente a um grupo antes dele excluído, e mais ainda, um direito que não importa em prestações materiais ou dispêndio financeiro por parte do Estado, o que impõe pouca ou nenhuma dificuldade de implementação. Este tipo de situação favorece decisões que garantam o direito de imediato, e não "com toda a velocidade possível" ("*with all deliberate speed*")[724]. Com efeito, para a garantia do direito às uniões homoafetivas, não se fez necessário nenhum investimento na criação e desenvolvimento de novas estruturas estatais ou

---

[722] SCHULENBERG, S. "Policy Stability without Policy". *Op. Cit.*, p. 5.

[723] Assim, comentando a jurisprudência acerca dos direitos dos homoafetivos antes da decisão do STF, Roger Raupp Rios apontou que "algumas decisões parecem associar de modo íntimo e necessário o reconhecimento da dignidade e dos direitos dos envolvidos à assimilação de sua conduta e de sua personalidade ao paradigma familiar dominante. É o que sugere, por exemplo, a leitura de acórdãos que afirmam tais direitos ao argumento de que, afora a igualdade dos sexos, os partícipes da relação reproduzem em tudo a vivência dos casais heterossexuais. Tal premissa, a rigor, pode facilmente debandar para uma postura assimilacionista. Nesta o reconhecimento dos direitos depende da satisfação de predicados como bom comportamento, aprovação social, reprodução de uma ideologia familista, fidelidade conjugal como valor imprescindível e reiteração de papéis de gênero. Daí a dificuldade, ainda que em diferentes graus, de lidar com temas como adoção, prostituição, travestimos, promiscuidade, liberdade sexual e sadomasoquismo." (RIOS, R. R.. *Direito da Antidiscriminação*. *Op. Cit.*, p.86). Analisando especificamente a decisão do STF, Coacci vislumbra uma "forte tendência assimilacionista", destacando o seu caráter paradoxal de promover por um lado "uma democratização das relações sexuais e sociais" e de outro "uma tendência à normalização das vivências da sexualidade" (COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Cit.*, p. 48). Neste sentido, Carrara já denunciava o risco de o discurso dos direitos gerar moralismo sexual: "na luta pelos direitos e na própria constituição de sujeitos que têm direito aos direitos (momento fundamental dessa luta), vem se desenhando uma nova moralidade sexual, projetando novos sujeitos perigosos ou abjetos em oposição aos 'cidadãos respeitáveis', ou seja, àqueles que merecem, por suas qualificações morais, ser integrados, assimilados à 'sociedade'" (CARRARA, S. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". *Op. Cit.*, pp. 143-144).

[724] A expressão faz referência à decisão *Brown v. Board of Education* de 1954 da Suprema Corte Americana, que determinou a dessegregação racial das escolas. Os *Justices*, diante da intensa resistência social e política esperada ao julgamento, entenderam pela impossibilidade de uma ordem que determinasse o fim das leis de segregação racial (*Jim Crow Laws*) da noite para o dia, adotando então a fórmula compromissória e vaga de que a decisão deveria ser implementada "*with all deliberate speed*". Com efeito, os autores americanos costumam argumentar que a decisão teve reduzido efeito prático nos primeiros anos após ser proferida, tendo a dessegregação ganhado força apenas após a atuação decisiva do movimento dos direitos civis liderado por Martin Luther King. Neste sentido: KLARMAN, M. J. "Courts, Congress and Civil Rights". *Op. Cit.*, pp. 182 *et seq*.

políticas públicas[725]. Mesmo o risco de desobediência à decisão do STF era relativamente pequeno, na medida em que o sistema jurídico já prevê mecanismos relativamente eficientes para conter juízes e notários rebeldes[726]. Neste sentido, a dificuldade advinda do fato de que o Judiciário não detém "nem a espada e nem a bolsa" é sensivelmente reduzida. Assim, a preocupação com a possibilidade de emitir decisões que sejam realisticamente possíveis de serem cumpridas não é um grande empecilho para a adoção de uma medida "ousada" neste caso.

Cabe destacar, outrossim, que o reconhecimento de direitos previdenciários às uniões entre pessoas do mesmo sexo já era bastante pacífica na jurisprudência, já tendo inclusive o INSS emitido ato normativo regulamentando de forma geral o tema[727]. Significa dizer, as consequências financeiras que o reconhecimento destas relações poderia trazer para o Estado já estavam, em grande medida, resolvidas. Neste sentido, do ponto de vista dos efeitos para a fazenda pública, uma preocupação que parece estar sempre presente nas decisões do STF[728], a decisão teria pouco ou nenhum efeito, na medida em que as uniões homoafetivas já estavam exercendo este impacto independentemente da decisão do STF. Assim, as relações mais afetadas patrimonialmente seriam privadas, como por exemplo, entre os cônjuges no caso de um rompimento, de forma que um dos argumentos contrários manejados no debate colombiano, em relação aos riscos do impacto econômico sobre o sistema de seguridade social, não se colocou no caso brasileiro.

Ainda no tocante ao risco de descumprimento da decisão, cabe destacar o efeito que o pronunciamento unânime pode ter tido em relação à vontade de juízes e demais oficiais públicos contrários à decisão em resisti-la. Com efeito, uma decisão que tivesse sido tomada por uma maioria apertada, com votos incisivos em sentido contrário, possivelmente teria menor

---

[725] Esta circunstância é destacada por Rosenberg, para quem no caso de decisões sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo "a falta de capacidade de implementação do Judiciário não se aplica. Isto porque pouca ou nenhuma mudança é necessária para implementar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Já existe uma burocracia em operação para expedir licenças de casamento. [...] Nenhum novo programa é necessário, fundos adicionais substanciais não são necessários e a evasão é impossível de disfarçar" ("*The judiciary's lack of the power of implementation does not come into play. This is because little or no change is required to implement same-sex marriage. There is already a smoothly functioning bureaucracy that issues marriage licenses* [...]. *No new programs are necessary, major additional funds aren't required, and evasion is impossible to disguise*", ROSENBERG, G. *The Hollow Hope*. *Op. Cit.*, pp. 350-351).

[726] É verdade que algumas tentativas de resistência à decisão foram ensaiadas, como por exemplo a determinação do juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública de Goiânia de anulação dos contratos de união estável celebrados por casais do mesmo sexo na cidade, ainda em 2011. Todavia, os casos foram bastante pontuais e não prosperaram, tendo os mecanismos normais de revisão judicial resolvido a questão em favor do pronunciamento do STF. A discussão maior parece ter se formado em torno da possibilidade de conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento, questão posteriormente pacificada em 2013 pela Resolução nº 175 do CNJ.

[727] Instrução Normativa nº 25/2000.

[728] BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, p. 273.

capacidade de refrear desobediência. Neste sentido, por exemplo, a Suprema Corte estadunidense, em casos em que o risco de descumprimento da decisão era elevado, como *Brown v. Board of Education* (1954) e *United States v. Nixon* (1974), estrategicamente buscou uma decisão compromissória entre as distintas posições dentro da corte, para se chegar a uma decisão unânime[729]. Embora não seja possível afirmar que a decisão unânime no caso das uniões homoafetivas tenha sido estrategicamente concertada entre os Ministros do STF, o fato é que, ainda que com algumas distinções na fundamentação e extensão, todos os votos reconheceram o direito pleiteado, sem exceção que pudesse ser usada como tábua de salvação para aqueles tendentes a desobedecer ao provimento.

A decisão do STF foi saudada por grande parcela da doutrina como uma decisão contramajoritária que garantiu a defesa de um direito fundamental de um grupo minoritário estigmatizado. Todavia, cabe questionar o quanto a decisão efetivamente estava em desacordo com a visão social predominante sobre o tema. Embora a opinião pública ainda seja majoritariamente contrária às uniões homoafetivas, a tendência parece apontar no sentido do crescimento do apoio e não da rejeição[730]. Pesquisa realizada pelo *IBOPE Inteligência* logo após o julgamento do STF verificou que 55% dos entrevistados se opunham à união homoafetiva, enquanto 45% apoiavam a decisão do Supremo[731]. Outra pesquisa, realizada pelo Datafolha em 2008, apurou resultados semelhantes, com 39% dos entrevistados favoráveis ao reconhecimento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo, 45% contrários e 14% indiferentes[732].

Não se trata, portanto, de uma rejeição amplamente prevalente, tendo a decisão recebido apoio de quase metade dos entrevistados na pesquisa realizada após o julgamento. Ademais, de acordo com a pesquisa *IBOPE Inteligência*, todas as faixas etárias até os 39 anos de idade apresentaram apoio superior a 50%, com o nível de rejeição crescendo à medida que o entrevistado envelhecia[733]. Tal circunstância permite inferir que, ainda que não haja uma

---

[729] BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal. "Why the Supreme Court cares about elites, not the American people". In: *The Georgetown Law Journal*. v. 98, 2010, pp. 1525-1526.

[730] A percepção é compartilhada por Daniel Sarmento que, escrevendo antes da decisão do STF, destacou que "é no mínimo muito duvidosa a afirmação de que a sociedade hoje se posiciona majoritariamente contra o reconhecimento dos relacionamentos estáveis homossexuais. Não há dados estatísticos incontroversos, mas, em que pese a persistência do preconceito e da homofobia no país, parece certo que a visão social sobre o tema da homossexualidade vem se liberalizando progressivamente nos últimos tempos". SARMENTO, D. "Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo". *Op. Cit.*, p. 642.

[731] Pesquisa realizada entre 14 e 18 de julho de 2011 (IBOPE Inteligência. *União Estável entre Homossexuais*. 2011. 26p. Disponível em: <http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>. Acesso em 11 out. 2016).

[732] DATAFOLHA. *Casamento de Homossexuais.* 2008, 8p. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/casamento_07042008.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

[733] Os índices de aprovação e reprovação da decisão por faixa etária foram os seguintes: de 16 a 24 anos, aprovação de 60% e reprovação de 40%; de 25 a 29 anos, aprovação de 55% e reprovação de 45%; de 30 a 39 anos, aprovação

mudança da mentalidade dos entrevistados individualmente em relação ao tema, o nível de apoio deve continuar crescendo de forma natural.

Como visto anteriormente, autores como Barry Friedman advogam que a opinião pública é um fator relevante de influência nas decisões da Suprema Corte, que detém capacidade limitada para se distanciar das preferências majoritárias. Neste sentido, cabe questionar se fosse uma pauta mais divisiva em jogo – como, por exemplo, o direito ao casamento – a resposta dos ministros seria mesma, não obstante muito do raciocínio jurídico empregado ser válido em ambos os casos[734].

Por outro lado, a importância da opinião pública geral é colocada em xeque por muitos autores. Neste sentido, Baum e Lawrence advogam que a opinião da sociedade como um todo exerce pouca influência sobre a Suprema Corte estadunidense. Para esses autores, os *Justices* tenderiam a levar em conta apenas os influxos de determinados grupos sociais. Segundo defendem, para o "modelo da ciência política", que identificam com autores como Friedman, as decisões da Suprema Corte precisariam levar em conta a visão social sobre determinada questão antes de decidir, em razão do risco de ataques institucionais caso se desviassem demais das preferências da sociedade. Todavia, os autores advogam que tal risco é superestimado por este modelo, na medida em que a Suprema Corte goza de uma persistente confiança do público e as suas decisões são virtualmente desconhecidas da enormidade da população. Por outro lado, estes autores, adotando um "modelo de psicologia social", entendem que os *Justices*, na busca por estima e reputação, teriam estímulos relevantes para alinhar seus votos com a visão prevalente dos extratos sociais com os quais convivem, dos quais normalmente advém e que efetivamente acompanham seu trabalho: as elites econômicas e intelectuais e a academia jurídica[735].

---

de 51% e reprovação de 49%; de 40 a 49 anos, aprovação de 39% e reprovação de 61%; e 50 anos ou mais, aprovação de 27% e reprovação de 73%. (IBOPE Inteligência. "União Estável entre Homossexuais". *Op. Cit.*). A pesquisa do Datafolha de 2008 apurou uma tendência semelhante, com aprovação de 53% dos entrevistados até 24 anos, e somente de 22% entre aqueles com mais de 60% (DATAFOLHA. "Casamento de Homossexuais". *Op. Cit.*).

[734] A ideia de que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma pauta muito mais polêmica do que a união estável comporta, por outro lado, questionamentos. Neste sentido, uma pesquisa mais recente realizada pelo *think tank* americano *Pew Research Center* especificamente sobre o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo encontrou resultados percentuais muito semelhantes de apoio e rejeição em relação às uniões estáveis, com 45% dos entrevistados a favor e 48% contra (PEW RESEARCH CENTER. "Religion in Latin America". *Op. Cit.* p. 69.

[735] BAUM, L.; DEVINS, N. "Why the Supreme Court cares about elites, not the American people". *Op. Cit*. A mesma conclusão parece ser referendada por Balkin: "quando a opinião popular e a da elite divergem, a Suprema Corte tende a refletir os valores das elites, uma vez que os juízes federais, e especialmente os *Justices* da Suprema Corte, são recrutados das elites legais educadas e relativamente prósperas" ("*Where popular and elite opinion diverge, the Supreme Court tends to reflect the values of elites, because federal judges, and especially Supreme Court Justices, are drawn from relatively affluent, educated legal elites*"; BALKIN, J. M. "How social movements

Embora nem todas as premissas e conclusões dos autores possam ser transplantadas para o caso brasileiro, a sua teoria possibilita algumas reflexões sobre a decisão acerca das uniões homoafetivas. Neste sentido, as pesquisas de opinião revelam que dois fatores que se relacionam diretamente ao nível de aceitação da decisão são o nível de escolaridade e o nível de renda: quanto mais elevados, maior o apoio às uniões homoafetivas[736]. Em outras palavras, a decisão era, no mérito, desproporcionalmente aprovada pelas elites[737].

Assim, considerando que os Ministros são membros da elite[738], não é difícil supor que dentro do seu círculo de convivência o apoio às uniões homoafetivas seja predominante[739], o que permite questionar até que ponto a percepção do apoio da opinião pública às uniões homoafetivas não seria modulado ou mesmo deformado por esta circunstância, gerando uma leitura equivocada do nível de apoio geral[740].

Mais do que isso, como sugerem alguns autores, como visto, não apenas o apoio superior entre as pessoas com maior renda e escolaridade poderia influir na decisão de maneira indireta, por serem estas as pessoas com quem os Ministros costumam conviver, mas também de maneira direta, na medida em que a opinião deste grupo é levada em conta de forma mais intensa por eles na hora de decidir.

---

change (or fail to change) the Constitution". *Op. Cit.*, p. 32). Com efeito, conforme será analisado na seção 5.1., existe uma efetiva desproporção no tocante ao conhecimento do STF por parte das pessoas com maior renda e instrução em comparação às pessoas mais pobres e com menos instrução fornal.

[736] A supracitada pesquisa do Ibope Inteligência obteve os seguintes resultados de aprovação da decisão em relação à escolaridade dos entrevistados: até a 4ª série do fundamental, aprovação de 32% e reprovação de 68%; da 5ª a 8ª série do fundamental, aprovação de 44% e reprovação de 56%; ensino médio, aprovação de 48% e reprovação de 52%; e ensino superior, aprovação de 60% e reprovação de 40%. No tocante à renda familiar, mais de 10 salários mínimos, aprovação de 55% e reprovação de 45%; entre 5 e 10 salários mínimos, aprovação de 52% e reprovação de 48%; entre 2 e 5 salários mínimos, aprovação de 47% e reprovação de 53%; entre 1 e 2 salários mínimos, aprovação de 41% e reprovação de 59%; e até 1 salário mínimo, aprovação de 45% e reprovação de 55%. (IBOPE Inteligência. "União Estável entre Homossexuais". *Op. Cit.*).

[737] Obviamente, o apoio, embora consideravelmente maior em determinados extratos e grupos, não atinge 100%. Neste sentido, quando se fala que as elites apoiam a união homoafetiva, se busca retratar uma tendência entre as pessoas com maior renda e escolaridade, que, enquanto generalização, importa necessariamente numa simplificação da realidade. Não se pretende defender aqui uma ideia monolítica do que seriam elites e nem quais seriam suas visões de mundo.

[738] Embora não seja controverso admitir que todos os Ministros atualmente estejam posicionados nos extratos sociais com maior renda e nível de escolaridade, a sua trajetória biográfica pode ser bastante distinta. Alguns Ministros, em razão de uma origem mais pobre, podem trilhar um caminho judicial menos conectado ou mesmo avesso às visões de mundo das elites das quais nem sempre fizeram parte. Neste sentido, Patrícia Perrone relaciona a origem humilde do Ministro Joaquim Barbosa com a sua atuação crítica em relação ao elitismo do STF e enfrentamento do *status quo* (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 114-123).

[739] Neste sentido, Juliana Cesário destaca que "embora tenha sido ligeiramente contramajoritário perante a sociedade como um todo, ao resolver uma questão divisiva em favor de uma minoria estigmatizada, o STF provavelmente atuou majoritariamente perante o meio de convivência de seus integrantes" (GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit.* p. 103).

[740] Esta possibilidade de deformação da percepção geral do nível de apoio às uniões entre pessoas do mesmo em razão do círculo de convivência e níveis de renda e instrução dos juízes também é levantada por Klarman (KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, p. 170).

Tal noção revela que os Ministros dão valor diferente à resposta de cada uma das distintas audiências em relação às quais a corte se manifesta, de forma que, embora o STF se dirija à sociedade de forma geral, alguns grupos são objeto de consideração particular. Assim, além da visão das elites, a da academia jurídica é objeto de especial consideração pelos Ministros, na medida em que são os juristas quem acompanham a jurisprudência de forma sistemática e que vão se debruçar sobre os argumentos e raciocínio jurídico desenvolvidos[741]. Não é desimportante, portanto, que a academia jurídica tenha se tornado progressivamente mais favorável ao direito à união estável, no mérito. Com efeito, mesmo autores críticos à decisão tiveram grande preocupação em assinalar sua oposição não em relação ao direito em si, mas em relação à sua garantia pelo Poder Judiciário e não pelo Parlamento[742].

Marcelo Novelino, comentando especificamente a decisão sobre as uniões homoafetivas, destaca que as decisões do STF costumam ser mais liberais e "à esquerda" do que as posições das instâncias representativas, o que relevaria uma afinidade maior com a as posições das elites intelectuais do que com a sociedade em geral, mais conservadora[743] [744].

A preocupação em responder a anseios mais progressistas e liberais pode, inclusive, se chocar com posições pessoais mais conservadoras de determinados Ministros. Patrícia Perrone levanta esta hipótese em relação ao Ministro Gilmar Mendes, cujos "valores pessoais tradicionais, resistentes às mudanças" entrariam em choque com os interesses dos grupos que lhe são relevantes, como a academia jurídica. No caso das uniões homoafetivas – como em

---

[741] Neste mesmo sentido, "devido ao conhecimento da maior parte das decisões do STF ficar restrito a um pequeno grupo, parece plausível que os Ministros tenham uma preocupação maior em manter uma reputação positiva perante pessoas com as quais convivem diariamente (familiares, amigos, colegas de Tribunal) ou que têm conhecimento das decisões (acadêmicos e profissionais do Direito) do que o público de massa. [...] Em relação à *hipótese da socialização política*, considerando que a grande maioria dos Ministros advém da classe média e pertencem a uma elite intelectual, é possível que reajam à evolução das normas e valores sociais de forma mais próxima a dos membros deste segmento" (NOVELINO, Marcelo. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 308).

[742] Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. "Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um 'terceiro turno da constituinte'". In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 1, n. 2, 2009, pp. 75-83. Barroso ironiza tal fato, ao dizer que muitos autores teriam se mostrado contrários às decisões moralmente controvertidas envolvendo a união entre pessoas do mesmo sexo e o aborto de fetos anencefálos "não por serem contrários ao mérito, absolutamente não...", mas por entender que tais temas deveriam ser decididos pelo Parlamento (BARROSO, L. R. "A razão sem voto". *Op. Cit.*, p. 28).

[743] NOVELINO, M. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". *Op. Cit*, pp. 308-309.

[744] Friedman narra como a "captura" pela "opinião da elite intelectual" foi a explicação dada pela direita conservadora para como Suprema Corte americana, apesar de uma maioria republicana que parecia segura, decidiu a favor dos direitos homossexuais em *Lawrence v. Texas*. Para o autor, entretanto, a decisão estava muito mais em sintonia com os mores americanos da época do que as posições dos seus críticos da direita conservadora (FRIEDMAN, B. *The Will of the People*. *Op. Cit.*, pp. 338-339 e 360-361).

outros casos – embora tenha adotada a solução mais progressista, os seus votos buscaram temperá-la, acrescendo condicionantes ou limitações[745].

Neste sentido, o fato de que a decisão era apoiada e foi muito bem recebida pela mídia em geral, tendo sido objeto de matérias e artigos que a retratavam de maneira positiva, é um fator importante[746]. Em primeiro lugar, porque a mídia funciona como uma audiência objeto de interesse especial, ao lado das elites, da academia jurídica, determinados grupos importantes os Ministros individualmente, etc. Em segundo lugar, porque existe uma relação de influência recíproca entre a opinião *pública* e a opinião *publicada*; de forma que uma cobertura positiva da decisão pelos jornais poderia ajudar a refrear eventuais consequências negativas decorrentes da oposição da opinião pública ao julgamento[747].

Dentro desta ordem de fatores, é interessante notar que uma preocupação nem sempre expressa pelos Ministros é em relação ao seu legado, a forma pela qual "entrarão para a história" e "serão vistos no futuro"[748]. A visão de que o apoio aos direitos LGBT é crescente de forma que, num futuro mais ou menos distante, aqueles que se opunham à união homoafetiva serão tachados de atrasados e preconceituosos pode ter feito com que alguns ministros, normalmente não conhecidos pelo progressismo no campo moral, tenham preferido votar pela procedência das ações[749]. Esta circunstância ganha especial relevo se pensarmos que as sessões do STF são

---

[745] MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 105-106.

[746] *Ibidem*, pp. 346-347. Assim, analisando as matérias publicadas no jornal *Folha de São Paulo* com o tema "casamento gay", Araújo destaca o fato de que a esmagadora maioria das matérias apresenta o assunto sob um enfoque positivo ou neutro, e que aquelas poucas que apresentam a posição dos opositores do tema, retratando falas da Igreja Católica ou de políticos conservadores, sempre incluíam como contraponto a fala de pessoas favoráveis (ARAÚJO, Gilvan Ferreira de. "O papel estratégico da mídia na formação da opinião pública: o caso da aprovação da 'união civil homoafetiva' no Brasil". In: *VI Compolítica - Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política*, GT 06, pp. 10-12).

[747] Neste sentido: "Frases do tipo 'todos são iguais perante a lei', 'pagamos impostos e por isso temos nossos direitos', 'o amor não aceita preconceito' e 'vivemos num país laico' foram algumas que traduziam as ideias centrais dos movimentos LGBT e foram utilizadas exaustivamente pela mídia na tentativa de não só divulgar a posição dos homossexuais, mas também para explicar à sociedade sobre os argumentos apresentados. A representação de personagens gays nas telenovelas e filmes, reportagens em jornais, sites e revistas divulgando a violência provocada pela homofobia, notícias sobre celebridades que assumiram sua homossexualidade ou que são a favor da 'união civil homoafetiva' e diversos programas discutindo a temática homossexual por pessoas comuns e especialistas aproximaram o tema da discussão na vida cotidiana das famílias brasileiras. A mídia tornou-se, assim, uma importante aliada e estrategicamente persuasiva no convencimento da opinião pública, afetando as decisões políticas e jurídicas sobre o assunto. [...] Na discussão da 'união civil entre pessoas do mesmo sexo' a mídia não modificou nenhuma situação, mas atuou transformando a opinião das pessoas contrárias, mostrando os aspectos positivos da proposta" (*Ibidem*, pp. 3-4).

[748] Klarman, por exemplo, analisando a linguagem da decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Lawrence v. Texas*, observou que o seu legado histórico foi um preocupação marcante do *Justice* Kennedy, que redigiu a decisão com a preocupação de colocar o tribunal no "lado certo da história" (KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.*, pp. 205-207).

[749] Thiago Coacci relaciona à unanimidade quanto ao resultado da ação em relação à consciência declarada de se estar "fazendo história" em um *leading case* (COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Cit.*, p. 50).

televisionadas, de maneira que um eventual comentário ou voto entendido como demeritório fica registrado em vídeo e acessível com relativa facilidade. Barroso, advogado na causa, analisando a "linguagem corporal" de alguns Ministros, "uns três, talvez", deu destaque ao fato significativo de que, apesar do voto favorável, "evidenciavam algum grau de desconforto, quando não contrariedade"[750].

Por fim, cabe uma análise um pouco mais detida da posição minoritária dos Ministros que evidenciaram algum grau de contrariedade e desconforto com o caminho trilhado pela posição prevalecente. A principal consequência do entendimento perfilhado pela corrente minoritária, como visto, diz respeito à possibilidade de que os casais homoafetivos recebam tratamento diferente dos casais heteroafetivos, quando houvesse "diferenças relevantes". O raciocínio não apenas abria espaço para uma regulamentação desigual pelo Legislativo, mas permitia, ao não identificar que diferenças relevantes seriam estas, que juízes negassem a casais homoafetivos igual tratamento, reduzindo, portanto, o potencial transformador do julgamento e criando risco de insegurança jurídica[751].

Em primeiro lugar, cabe destacar que a divergência foi expressamente incluída na ementa, em razão de pedido dos Ministros vencidos, num item intitulado "divergências laterais quanto à fundamentação do acórdão", embora, a bem da verdade, a discordância fosse não apenas em relação à fundamentação, mas aos próprios efeitos da decisão[752]. Contemplar a minoria vencida no acórdão teria o condão de tornar o entendimento restritivo mais visível aos grupos de identificação dos Ministros vencidos[753].

Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso, então presidente do STF, teve uma formação muito ligada à Igreja Católica: foi seminarista; durante a adolescência morou com o Bispo de Santos, seu tio; cursou a graduação em universidade católica, etc[754]. A influência dos valores religiosos na sua cosmovisão e a posição da Igreja Católica – explicitada no caso por meio da CNBB, *amicus curiae* – podem ser fatores a influenciar uma postura mais conservadora no

---

[750] BARROSO, L. R. "Uniões Homoafetivas". *Op. Cit.*, p. 443.
[751] MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, pp. 107-108 e 166.
[752] "DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição."
[753] MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, p. 141.
[754] FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; DE ALMEIDA, Fábio Ferraz (orgs.). *História Oral do Supremo [1988-2013]*, vol. 4: Cezar Peluso. Rio de Janeiro: FGV, 2015, pp. 19-37).

tema[755]. Assim, por exemplo, o cuidado em destacar posteriormente que a decisão não cuidava da questão mais sensível do casamento: "isto [casamento de homoafetivos] não passou pela cabeça do Supremo Tribunal Federal, e nem pela boca"[756].

Como analisado, uma série de fatores exercia grande pressão para que os Ministros não adotassem uma postura frontalmente avessa ao direito, como a posição da academia jurídica e a preocupação com a sua reputação presente e futura. Assim, os Ministros vencidos podem ter optado por uma posição aquém da sua ideal ("*second best"*), condicionando ou restringindo o direito, ao invés de simplesmente negá-lo. Uma eventual percepção de que a tese mais benéfica aos casais homoafetivos tinha maior adesão na Corte, pode ter feito com que os Ministros entendessem como inócua a oposição frontal, preferindo estrategicamente uma "oposição mitigada"[757].

Para Patrícia Perrone o caso é um exemplo de "neutralização ideológica", vez que, diante da antecipação da vitória do posicionamento mais progressista e de uma série de fatores extrajurídicos a favor do reconhecimento das uniões homoafetivas, a ala mais conservadora da corte optou por uma decisão bastante moderada. Segundo a autora:

> A acomodação do teor da ementa permitiu uma sutil neutralização ideológica do bloco conservador. Uma decisão unânime convinha ao Supremo, pois o reconhecimento das uniões homoafetivas constituía uma decisão histórica, acompanhada por amplos setores da imprensa e da comunidade jurídica. A neutralização ideológica, em tais termos, provavelmente convinha também ao bloco conservador, pois moderava a reação dos mesmos atores ao entendimento deste bloco, ao mesmo tempo em que a ressalva inserida na ementa mantinha os membros fiéis às suas convicções e às convicções de seus grupos de identificação[758].

Este conjunto de fatores ajuda a explicar a votação unânime pelo reconhecimento da união estável homoafetiva, ressalvadas as variações de fundamentação. Não se quer, é bom ressalvar, menosprezar a importância desta decisão para a garantia da cidadania LGBT e nem o impacto direto e positivo que esta trouxe para o gozo de direitos de milhares de pessoas homossexuais, mas sim colocar este avanço em perspectiva, analisando o contexto específico dentro do qual o julgamento ocorreu.

---

[755] De igual forma, por exemplo, o Ministro foi voto vencido no julgamento da ADPF nº 54, sobre a possibilidade de aborto de fetos anencefálos. Como se sabe, o aborto em qualquer circunstância é um tema extremamente sensível para a Igreja Católica.
[756] FONTAINHA, F. C.; DA SILVA, A. M. D.; DE ALMEIDA, F. F. (orgs.). *História Oral do Supremo [1988-2013], Op. Cit*, p. 154.
[757] MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit.*, p. 166.
[758] *Ibidem*, pp. 206-207.

Assim, ainda que tenha sido uma vitória muito importante para os direitos LGBT, o reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas deve ser examinado levando em consideração os fatores que possibilitaram e facilitaram em alguma medida tal decisão. Com efeito, uma outra demanda, envolvida em um contexto fático e jurídico distinto, poderia resultar numa resposta judicial bastante diferente, de tal forma que, não é possível afirmar peremptoriamente que o STF vai agir favoravelmente às minorias sexuais e de gênero em todos os casos. Neste sentido, é possível antever que outras pautas encontrarão um nível distinto de resistência por parte dos Ministros, na medida em que envolvam um direito de pessoas homossexuais mais controverso do que a união homoafetiva ou um direito de outras identidades ou vivências mais estigmatizadas dentro comunidade LGBT do que pessoas homossexuais.

4.1.1. Adoção Homoafetiva (RE nº 846.102)

A decisão mais relevante proferida pelo STF na esteira do julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4277 foi o RE nº 846.102, decidido monocraticamente em março de 2015 pela Ministra Carmen Lúcia, que expressamente reconheceu a plena possibilidade da adoção homoafetiva como uma decorrência necessária das uniões homoafetivas. O caso concreto envolvia o pedido de dois importantes militantes do movimento LGBT, Toni Reis, ex-presidente da ABGLT, e seu companheiro David Harrad, à Justiça do Paraná para adotarem uma criança. O Ministério Público do Estado, entretanto, pretendia limitar a possibilidade de adoção pelo casal a crianças do sexo feminino e acima de doze anos de idade, tendo interposto o recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal local que garantiu o direito à adoção sem estas restrições. O recurso do *parquet* estadual foi improvido pela Ministra para manter o acórdão recorrido[759]. Em sua decisão a Ministra destacou trechos do voto do Ministro-Relator Ayres Britto no julgamento das uniões homoafetivas que destacavam a plena equiparação entre as famílias formadas por casais de sexo diferentes e aquelas formadas por casais do mesmo sexo. Com efeito, a possibilidade de adoção é uma consequência natural da corrente que acabou

[759] O caso já havia sido objeto de decisão anterior do próprio STF; do acórdão do TJPR que permitiu ao casal homossexual adotar sem restrições de idade, o Ministério Público paranaense interpôs RE e REsp. Este primeiro RE, de nº 615.261, foi decidido pelo Ministro Marco Aurélio ainda em 2010, para negar-lhe seguimento, com base no descompasso entre as razões recursais, baseadas na impossibilidade de configuração de união estável entre pessoas do mesmo sexo, e o objeto da decisão recorrida, acerca da idade e do sexo das crianças a serem adotadas. O REsp, de nº 1.217.688, entretanto, só viria a ser julgado em outubro de 2014, tendo sido monocraticamente improvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ainda inconformado com a possibilidade de adoção, o Ministério Público paranaense interpôs um segundo RE, agora em face dessa decisão do STJ, que foi o que restou julgado pela Ministra Carmen Lúcia em 2015.

prevalecendo naquele julgamento, tendo o Ministro-Relator Ayres Britto sido expresso a afirmar em seu voto a possibilidade de adoção homoafetiva[760].

Conforme discutido no capítulo anterior, esta decisão é representativa de uma certa postura claudicante e instável do Ministério Público na tutela dos direitos LGBT; embora tenha tido atuação fundamental na garantia de algumas demandas, por vezes a instituição representa uma instância de recalcitrância ao seu avanço. Assim, as razões do recurso extraordinário, mais do que discutir se a adoção era uma possibilidade necessária do julgamento das uniões homoafetivas, parecia se insurgir contra o próprio mérito da decisão e a possibilidade de casais do mesmo sexo serem reconhecidos como famílias para qualquer fim[761].

A resistência aguerrida à posição do STF, ademais, é revelada pelo fato de que, mesmo após a decisão ora debatida, o Ministério Público daquele Estado persistiu na defesa do entendimento de que homossexuais deveriam poder adotar crianças somente a partir dos doze anos de idade. Assim, em agosto de 2015, o STJ negou provimento ao REsp nº 1.540.814, interposto pelo Ministério Público paranaense para que da inscrição de determinada pessoa homossexual no "registro de pessoas interessadas em adoção de menores" constasse a limitação de idade. Mais recentemente, a 4ª turma do STJ, já em março de 2017, negou provimento ao REsp nº 1.525.714 movido pelo *parquet* paranaense que pretendia impor a limitação em pedido de adoção feito por um homem homossexual. Observa-se que, nestes casos, não havia sequer a discussão sobre o reconhecimento jurídico da união entre pessoas do mesmo sexo, por se tratarem de pedidos individuais para a adoção. Fica evidente, portanto, o caráter discriminatório da posição do Ministério Público, que parece perfilhar a ideia preconceituosa de que existe uma imbricação entre homossexualidade e pedofilia ou a de que crianças criadas por homossexuais vão ser "influenciadas" a sê-lo também.

Outro ponto de interesse no presente tema diz respeito ao fato de que, de maneira semelhante ao ocorrido no julgamento das uniões estáveis, a decisão examinada nesta seção não inaugurou o debate judicial acerca da possibilidade de adoção homoafetiva, que se iniciou

---

[760] "De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. **Como não se pode pré-excluir da candidatura à adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento**" (grifos no original).

[761] Assim, consoante relatado pela Ministra Carmen Lúcia na decisão, aduziu o Ministério Público do Paraná que: "logicamente, nem dois homens e uma mulher; nem duas mulheres e um homem (fatos estes que não chegam a ser tão raros em certas regiões do Brasil); nem dois homens ou duas mulheres; foram previstos pelo constituinte como configuradores de uma união estável, ainda que os integrantes dessas relações, hipoteticamente consideradas, coabitem em caráter análogo ao de uma união estável, ou seja, de forma pública e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família. […]Com isso, a nível constitucional, pelo que foi dito, infere-se, em primeiro lugar, que não há lacuna, mas sim, uma intencional omissão do constituinte em não eleger (o que perdura até a atualidade) a união"

antes mesmo da própria decisão do STF sobre uniões homoafetivas. Com efeito, a primeira decisão judicial deferindo um pedido de adoção conjunta no Brasil ocorreu em 2006, quando um juiz de primeira instância permitiu a um casal homossexual de Catanduva, São Paulo, a adoção de uma criança, sem que houvesse impugnação do Ministério Público[762].

Outro caso precursor importante envolveu a adoção de duas crianças em Bagé, no Rio Grande do Sul, em 2005, por um casal lésbico; as crianças já haviam sido adotadas individualmente por uma das mulheres anteriormente, tendo a sua companheira posteriormente requerido o reconhecimento da situação de homoparentalidade, para que ambas figurassem como mães dos menores. O pedido foi deferido em primeira e em segunda instâncias no TJRS e, posteriormente, já em 2010, o entendimento do Judiciário gaúcho foi confirmado pelo STJ no REsp nº 889.852, que determinou que constasse da certidão de nascimento dos menores o nome das duas mães[763]. O caso é interessante também por revelar a resistência do Ministério Público ao avanço dos direitos LGBT, uma vez que os recursos contra sucessivas decisões favoráveis à autora foram interpostos pelo *parquet* gaúcho.

Posteriormente à decisão do STF acerca da união homoafetiva, o STJ viria a proferir ainda outra decisão importante sobre o tema, no REsp nº 1.281.093, julgado em dezembro de 2012. O caso envolvida pedido de adoção unilateral formulado pela companheira da mãe biológica da criança, que havia sido gerada via inseminação artificial. O STJ, confirmando o entendimento que havia sido perfilhado pelo TJSP em primeira e segunda instâncias, entendeu pela possibilidade da adoção, destacando que o precedente do STF havia entendido pela "plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas" e que todos os estudos e pesquisas feitas no campo da psicologia reconhecem que a criação por casais homossexuais não tem reflexos negativos na vida das crianças e adolescentes. Novamente, todos os recursos foram movidos em razão do inconformismo do Ministério Público de São Paulo com a adoção.

Por outro lado, por se tratar de um tema em que os processos tramitam em segredo de justiça, e diante da possibilidade de que as ações por casais homoafetivas fossem mascaradas

---

[762] BAPTISTA, Renata. Pela 1ª vez, Justiça autoriza casal gay a adotar criança no Brasil. *Folha de São Paulo*. Publicado em 23 nov. 2006. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2311200622.htm>. Acesso em 11 out. 2016.

[763] Neste sentido, é interessante destacar que o provimento nº 3/2009 da Corregedoria Geral de Justiça, órgão ligado ao CNJ, havia alterado o modelo das certidões de nascimento no Brasil, para substituir os campos "pai" e "mãe" pelo genérico "filiação". Embora a medida tivesse por intenção evitar que da certidão das pessoas cuja paternidade fosse ignorada constasse a expressão "pai desconhecido", entendida como humilhante, a medida teve o efeito indireto de facilitar, ao menos burocraticamente, a adoção por casais formados por pessoas do mesmo sexo.

como adoções individuais por parte de um dos membros do casal – o que colocaria a criança em situação de insegurança jurídica em relação aos seus laços com o pai/mãe "informal", mas aumentaria a chance de sucesso na justiça[764] – é difícil precisar o posicionamento geral da jurisprudência nacional antes do julgamento das ADPF nº 132 e ADI nº 4277[765]. Certo é que havia algumas decisões pioneiras mais ou menos esparsas que davam algum esteio à legitimidade da pauta[766], entendendo pela impossibilidade de discriminação em relação aos adotantes em razão de sua orientação sexual e pela necessidade de observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Significa dizer, em suma, que a decisão da Ministra Carmen Lúcia não foi proferida no vácuo. Pelo contrário, ela representa o coroamento e afirmação da jurisprudência que em alguma medida já se desenhava nas instâncias inferiores e uma espécie de "segunda etapa" da decisão das uniões homoafetivas. Neste sentido, é possível imaginar que a resistência relativamente pequena tanto às uniões homoafetivas, quanto à própria regulamentação do casamento pelo CNJ, que será explorada no seguimento, forneceu um contexto decisório favorável à produção de uma decisão progressista no tema da adoção homoafetiva, considerado mais polêmico que o do reconhecimento jurídica das famílias formadas por casais do mesmo sexo. Assim, por exemplo, o Ministro Gilmar Mendes, durante o julgamento das uniões estáveis, fez questão de destacar a solução heterodoxa adotada em Portugal, onde o casamento entre pessoas do mesmo sexo havia sido legalizado em 2010, mas sem a possibilidade de adoção conjunta, que só viria a ser garantida em 2016. De maneira semelhante, no processo de

---

[764] Assim, sobre alguns inconvenientes dessa solução: "o Estatuto da Criança e do Adolescente autoriza a adoção por uma única pessoa, não fazendo qualquer restrição quanto a sua orientação sexual. Portanto, não é difícil prever a hipótese de um homossexual que, ocultando sua preferência sexual, venha a pleitear e obter a adoção de uma criança, trazendo-a para conviver com quem mantenha um vínculo afetivo estável. Nessa situação, quem é adotado por um só dos parceiros não pode desfrutar de qualquer direito com relação àquele que também reconhece como verdadeiramente seu pai ou sua mãe. Ocorrendo a separação do par ou a morte do que não é legalmente o genitor, nenhum benefício o filho poderá usufruir. Não pode pleitear qualquer direito, nem alimentos, nem benefícios de cunho previdenciário ou sucessório. Sequer o direito de visita é regulamentado, mesmo que detenha a posse do estado de filho, tenha igual sentimento e desfrute da mesma condição frente a ambos" (FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. "A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos Tribunais Superiores". In: Constituição e Garantia de Direitos, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23).

[765] Um dado importante de ser destacado neste processo foi a edição da lei 12.010/2009, que pretendeu racionalizar o sistema de adoção no Brasil, que até aquele momento era regrado simultaneamente pelo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente -ECA, para centralizar as disposições sobre o tema neste último diploma normativo. Assim, enquanto o art. 1.622 do Código Civil, revogado pela nova lei, previa que "ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável", o tema da adoção conjunta passou a ser regulado pelo ECA, no art. 42, §2º, com a seguinte redação: "para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família". Neste sentido, embora a nova lei não tenha expressamente contemplado os casais do mesmo sexo, a exclusão da previsão de "homem e mulher" para a adoção conjunta levou parte da doutrina passou a defender com maior ênfase a possibilidade da adoção homoafetiva no ordenamento brasileiro (*Ibidem*, p. 8).

[766] Para um repositório de algumas destas decisões proferidas por juízos de diferentes partes do Brasil, vide o site http://www.direitohomoafetivo.com.br/, organizado pela professora Maria Berenice Dias.

conquista incremental de direitos pelos casais homossexuais na Corte Constitucional colombiana analisado anteriormente, a garantia da adoção também representou uma espécie de "última etapa" junto com o casamento, por ser entendida como mais polêmica.

Cabe perscrutar, nesta linha, em que medida a decisão ora examinada foi contramajoritária, se opondo à opinião pública dominante. Assim, pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em maio de 2010 apurou que 51% dos brasileiros eram contrários à possibilidade, enquanto que 39% se mostraram favoráveis, sendo 6% indiferentes e outros 4% não souberam opinar[767]. A aprovação era maior entre as mulheres[768], os mais jovens[769] os mais escolarizados[770] e os mais ricos[771]. Um indicador relevante também foi a religião; enquanto entre as pessoas sem religião a adoção era aprovado por 53% dos entrevistados, entre os evangélicos pentecostais a aprovação era de apenas 22%. A já citada pesquisa do *IBOPE Inteligência* apurou os mesmos índices de aprovação e desaprovação em relação à adoção e à união estável por casais homossexuais: 45% e 55%, respectivamente[772]. Resultado semelhante foi obtido em pesquisa envolvendo a percepção da população do Rio de Janeiro sobre o tema dos direitos humanos: 54% dos cariocas eram favoráveis à "união entre pessoas do mesmo sexo" e 53% apoiavam a "adoção por casal do mesmo sexo", não havendo, portanto, diferença significativa entre a aprovação/reprovação das duas pautas[773].

Inicialmente, deve-se destacar que a adoção, de maneira semelhante à união homoafetiva, embora com certeza represente um tema polêmico perante à opinião pública, não é rejeitado por uma maioria acachapante, de forma que o caráter contramajoritário da decisão

---

[767] DATAFOLHA. *Adoção de crianças por homossexuais*. 2010, 6p. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/adocao_homossexuais_07062010_tb1.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

[768] Entre as mulheres, a aprovação era 44% e a desaprovação de 45%; já entre os homens, eram de 33% e 57%, respectivamente.

[769] A aprovação e a desaprovação, respectivamente, por faixa etária eram as seguintes: de 16 a 24 anos, 58% e 34%; de 25 a 34 anos; 45% e 46%; de 35 a 44 anos, 40% e 51%; de 45 a 59 anos, 29% e 59%; e 60 anos ou mais, 19% e 68%.

[770] A aprovação e a desaprovação, respectivamente, por escolaridade eram as seguintes: fundamental, 28% e 60%; médio, 47% e 43%; e superior, 50% e 40%.

[771] A aprovação e a desaprovação, respectivamente, por renda familiar mensal em salários mínimos eram as seguintes: até dois, 35% e 53%; entre dois e cinco, 42% e 49%; entre cinco e dez, 45% e 47%; e mais de dez, 49% e 43%.

[772] IBOPE Inteligência. "União Estável entre Homossexuais". *Op. Cit*. Novamente, a pauta contava com aprovação maior entre as mulheres, os mais jovens, mais escolarizados, e mais ricos, e menor entre os homens, os mais velhos, com menos instrução formal e mais pobres

[773] GARRIDO, Alexandre; *et al*. "Buscando Conceitos e Desbravando Sentidos: uma análise da percepção que a população do Rio de Janeiro possui acerca dos direitos humanos". In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Investigando Convicções Morais*: o que pensa a população do Rio de Janeiro sobre os direitos humanos. Rio de Janeiro: Gramma, 2015, pp. 7-8. Os autores atribuem este apoio ligeiramente superior às união e adoção homoafetivas entre os cariocas em relação aos resultados obtidos em pesquisa de âmbito nacional ao perfil da população da cidade do Rio de Janeiro, com renda e escolaridades superiores à média nacional (*Ibidem*, p. 8).

deve ser colocado sob perspectiva. Igualmente, a decisão era desproporcionalmente apoiada no mérito pelas pessoas com maior renda e maior educação – i.e. as elites –, sendo válidas neste caso, portanto, as reflexões anteriormente expressas em relação às uniões homoafetivas quanto a estes dois pontos.

Também é interessante notar que, ao contrário do que poderia se imaginar, as pesquisas de opinião não detectaram diferença entre o apoio à adoção homoafetiva e à união homoafetiva. É possível teorizar, portanto, que a posição de que os homossexuais podem legitimamente compor uma família implicaria automaticamente na possibilidade de que os mesmos tenham filhos adotivos. Neste sentido, não parece fazer sentido para os entrevistados nestas pesquisas que os homossexuais possam constituir legitimamente uma entidade familiar, podendo celebrar uniões estáveis, mas não adotar[774]. Estes resultados parecem colocar em xeque a percepção de que a adoção seria um tema muito mais divisivo socialmente do que o reconhecimento de direitos às uniões entre pessoas do mesmo sexo, levando a crer, ao contrário, que ambos são ou apoiados ou rejeitados concomitantemente.

4.1.2. Casamento Homoafetivo (Resolução nº 175/2013 do CNJ)

Conforme já narrado, os efeitos positivos para os direitos LGBT foram posteriormente aprofundados pelo CNJ que, em 15 de maio de 2013, expediu a Resolução nº 175, com base no julgamento do STF sobre as uniões homoafetivas, e em posterior decisão do STJ, que reconheceu a legitimidade do casamento homoafetivo, determinando a obrigação das autoridades competentes a habilitar, celebrar o casamento civil e converter a união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, sob pena de imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Assim, no seguimento à decisão do STF, alguns cartórios e juízes passaram a aceitar a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento e inclusive a habilitação para o casamento direto. Com efeito, entre 2011 e 2013, o Brasil vivenciou uma situação que em certa medida lembrava o sistema de "colcha de retalhos" que marcou o avanço do casamento entre pessoas do mesmo sexo nos EUA, uma vez que os Tribunais de Justiça de diversos Estados

[774] Sobre esta equação "família = possibilidade de adoção", os autores da pesquisa com a população carioca, analisando os dados obtidos, questionam: "por outro lado, cabe perquirir em que medida tal concepção não poderia ser sintomática, paradoxalmente, de uma visão única de família, inegavelmente heteronormativa, à qual a "diversidade sexual" deveria aderir para ser reconhecida como legitima. Nesse sentido, cabe destacar que a aprovação de mais da metade das pessoas se deu em relação a um determinado arranjo familiar menos transgressor da ordem tradicional (i.e. duas pessoas com filhos) do que outros mais heterodoxos" (*Ibidem*, p. 9).

começaram a editar provimentos determinando que os cartórios locais realizassem a conversão das uniões estáveis homoafetivas em casamento e a habilitação para o casamento direto[775]. Em consequência deste processo, o casamento homossexual acabou se concretizando faticamente em um número cada vez maior de entidades federativas num reduzido espaço de tempo. De certa forma, portanto, a Resolução do CNJ apenas coroou um processo incremental que já se encontrava em curso nos Estados, promovendo maior segurança jurídica ao assegurar nacionalmente o direito[776].

A decisão do STF foi objeto de celebração por parte expressiva da mídia e da academia jurídica e de pouca resistência por parte das demais instâncias judiciais, que inclusive expandiram os seus efeitos para além da união estável, como visto. Esta reação relativamente positiva ao julgamento deve ser levada em consideração na análise da edição da resolução por parte do CNJ, uma vez que esta dificilmente seria possível caso fosse necessário enfrentar um número elevado de juízes e Tribunais contrários. Assim, a Resolução nº 175/2013 do CNJ se insere na narrativa de garantia incremental de direitos por parte do Judiciário, que vai "experimentando" os limites da sua atuação tentativamente.

A atuação do CNJ, entretanto, foi alvo de críticas em diversas frentes. Em primeiro lugar, por parte da corrente minoritária no julgamento do Supremo, uma vez que a Resolução promoveu exatamente o que a fundamentação com base na analogia, com efeitos mais restritos, visava evitar. Não por acaso, o Ministro Gilmar Mendes criticou-a publicamente, declarando que a decisão do tribunal teria se limitado ao tema da união estável, de tal maneira que a resolução extrapolaria o conteúdo do julgamento[777]. Por outro lado, a decisão também sofreu críticas no sentido de que estaria extrapolando a competência normativa do órgão prevista no art. 103-B, §4º da Constituição e invadindo a esfera de apreciação do legislador[778]. Fato é que,

---

[775] Assim, editaram atos normativos desta natureza os Tribunais de Justiça dos Estados de Alagoas, ainda em 2011; Bahia, Espírito Santo, Piauí e Sergipe, em 2012; e Ceará, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo, em 2013. Os textos normativos compilados encontram-se disponíveis em http://www.abglt.org.br/port/casamentocivil.php

[776] AMPARO, T. S. "Notes on countermovements and conservative lawyering". *Op. Cit*. p. 31.

[777] Assim, nas palavras do Ministro "O tribunal só tratou da questão da união estável, mandou aplicar a união estável. Até o ministro Ayres Britto se estendeu, mas depois foi ponderado, porque o próprio pedido só se afetava para a questão da união homoafetiva. Acho que ficou muito claro isso, e até enfatizando a necessidade de disciplina. Aqui, há outras questões envolvidas, casamento inclusive, filiação, adoção. Por isso se enfatizou a importância da intervenção do legislador. Lembrou-se que Portugal adotou casamento gay, mas vetou adoção". (BRÍGIDO, Carolina; ÉBOLI, Evandro. Gilmar Mendes diz que STF decidiu sobre união estável, não casamento gay. *O Globo*, publicado em 14 mai. 2013. Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-diz-que-stf-decidiu-sobre-uniao-estavel-nao-casamento-gay-8386287#ixzz4HRdsF73N>. Acesso em 11 out. 2016).

[778] Neste sentido, COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. Órgão administrativo não tem poder para legislar. *Consultor Jurídico*. Publicado em 22 mai. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/luiz-carvalho-orgao-administrativo-nao-poder-legislar>. Acesso em 11 out. 2016; e COSTA, Cezar Augusto Rodrigues

embora a garantia do casamento entre pessoas do mesmo sexo por meio de um ato administrativa do Poder Judiciário possa representar uma solução pouca ortodoxa, esta já vinha sendo experimentada em algum nível pelos Tribunais de Justiça dos Estados.

Cabe reiterar que o STF pode vir a enfrentar diretamente o tema do *casamento* como consequência do julgamento, em razão da ADI nº 4966 proposta pelo PSC contra a Resolução nº 175/2013 do CNJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes[779].

4.2. Pederastia (ADPF nº 291)

A ADPF nº 291 pretendia o reconhecimento da não recepção total pela ordem constitucional de 1988 do art. 235 do CPM, que prevê o crime de pederastia[780], e pode ser considerado como um dos últimos dispositivos normativos nacionais criminalizadores das relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo. Subsidiariamente, formulou-se pedido pela não recepção parcial das expressões "pederastia" e "homossexual ou não" contidas no texto do dispositivo. Em que pese a alusão no tipo penal a relações sexuais entre pessoas do mesmo ou de sexo diferente, a PGR defendia que o dispositivo havia sido elaborado com intenção expressamente discriminatória e para a punição exclusiva das relações homossexuais.

Com efeito, a norma visava não apenas criminalizar o sexo consensual praticado na caserna, mas especificamente o sexo *entre dois homens*, uma vez que quando da edição da norma, em 1969, somente homens podiam ingressar nas forças armadas[781]. Outrossim, o CPM que antecedeu o atual (Decreto-Lei nº 6.227/1944) previa tipo quase idêntico em seu art. 197, ao qual à nova legislação somente acresceu as expressões "pederastia" e "homossexual ou não" para, nos termos de sua exposição de motivos, "tornar mais severa a repressão contra o mal". Neste sentido, o dispositivo pode ser compreendido como representante do discurso oficial do Regime Militar, altamente refratário à homossexualidade.

---

da. CNJ legisla com resolução sobre casamento gay. *Consultor Jurídico*. Publicado em 30 mai. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/cezar-augusto-resolucao-cnj-casamento-gay-tentativa-legislar>. Acesso em 11 out. 2016.

[779] O partido já havia impetrado o Mandado de Segurança nº 32.077 contra a Resolução, o qual foi monocraticamente inadmitido pelo Ministro Luiz Fux ainda em 28.05.2013, por inadequação da via eleita.

[780] Código Penal Militar: (Pederastia ou outro ato de libidinagem) Art. 235. 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.

[781] A admissão de mulheres nas forças armadas ocorreu a partir de 1980 para a Marinha (Lei nº 6.807/80); a partir de 1982 para a Força Aérea (Lei nº 6.924/81) e somente a partir de 1992 para o Exército (Lei nº 7.831/89).

A supracitada pesquisa quantitativa desenvolvida por Rosa Maria Oliveira traz informações relevantes sobre a aplicação deste tipo penal pelo STM. Inicialmente, até a 2ª metade da década de 1990, era apenas neste tribunal superior, em razão do crime de pederastia, que a questão da homossexualidade se colocava judicialmente[782]. Assim, até bastante recentemente, o tema da diversidade sexual aparecia nos tribunais superiores pela lógica da repressão e não da garantia de direitos. De acordo com a pesquisa, de um total de 318 decisões proferidas pelos dos tribunais superiores sobre a diversidade sexual e de identidade de gênero até 2011, 51 foram proferidas pela instância máxima da justiça militar em casos de pederastia[783].

O julgamento da ADPF ocorreu em 28 de outubro de 2015. O primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que a PGR, que propôs a ação, atuando na qualidade de *custos legis*, reviu o entendimento esposado na inicial, para opinar pela improcedência da ação, defendendo que apesar da "redação infeliz", os termos nada afetariam o conteúdo do dispositivo[784]. De acordo com o relatório do Ministro Luís Roberto Barroso, tanto a Presidente da República, quanto o Advogado-Geral da União pugnarem pela procedência do pedido subsidiário, ao passo que o Ministro da Defesa entendeu pela impossibilidade da procedência mesmo desse pedido com base na ideia de que importaria em ação do Judiciário como "legislador positivo", em que pese ter informado que havia sido concluída no âmbito do seu Ministério minuta de Projeto de Lei para reformar o texto do tipo penal, suprimindo as expressões. Como se vê, a PGR adotou a posição mais conservadora dentre as diversas autoridades que se manifestaram.

O Ministro-Relator Luís Roberto Barroso, inicialmente, votou pela não recepção *tout court* do dispositivo, entendendo pela desnecessidade da tutela penal para as relações sexuais consentidas em estabelecimentos militares[785], já sujeitas a graves sanções disciplinares, em razão da subsidiariedade do direito penal. Mais ainda, reconheceu que o referido dispositivo tinha uma clara intenção discriminatória: "vedar o acesso e expulsar homens homossexuais das Forças Armadas"[786]. Aduz que uma atuação mais incisiva do tribunal é justificada por uma série

---

[782] "Pode-se dizer também que a partir dos anos 2000 as decisões começam a inclinar-se mais para a garantia de isonomia e igualdade na distribuição de direitos, deixando para trás mais de 25 anos em que os homossexuais compareciam perante os Tribunais Superiores meramente como militares réus em processos de pederastia". OLIVEIRA, R. M. R. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil*. *Op. Cit.*, p. 54)

[783] *Ibidem*, p. 30.

[784] Convém esclarecer que a petição inicial da ADPF foi assinada pela Procuradora-Geral interina Helenita Caiado, enquanto a segunda manifestação foi subscrita pelo Procurador-Geral Rodrigo Janot, que apesar de lamentar o *nomen juris* do tipo e a sua redação, entendeu que o mesmo não seria discriminatório.

[785] Em que pese o tipo penal estar positivado no título dos crimes contra a pessoa, no capitulo dos crimes sexuais, não há violação à liberdade sexual uma vez que o crime pressupõe uma relação consentida. O bem jurídico tutelado em verdade é a disciplina militar.

[786] Neste sentido, por exemplo, apesar de sua pena relativamente baixa, é listado dentre as condutas do art. 100 do CPM que tornam o agente indigno ao oficialato, ao lado de delitos graves como peculato, traição e espionagem.

de fatores, como o fato de envolver a proteção de direitos de uma minoria estigmatizada ("função contramajoritária") e o diploma normativo impugnado ter sido editado durante um regime de exceção. Ademais, entendeu que, mesmo que se suprimisse as expressões pejorativas, como pretendia o pedido subsidiário, o dispositivo iria produzir um *impacto desproporcional* sobre militares gays, diante de um quadro de homofobia institucionalizada no meio militar. Todavia, ao final do voto, fez uma "proposta mínima" de acolhimento deste pedido sucessivo, caso o voto inicial pela não recepção total restasse vencido no plenário.

O ministro Marco Aurélio interveio logo após o voto do relator para declarar desde já sua divergência em relação à sua proposta de não-recepção total, destacando que "o tribunal tem marchado com muita temperança, quando em jogo a disciplina normativa militar". Igualmente interveio o Ministro Lewandowski para informar que na qualidade de presidente do Tribunal havia sido contatado por representantes das Forças Armadas "preocupados" com o julgamento.

O Ministro Edson Fachin divergiu do Relator para destacar que o tipo penal funcionaria como "tutela especial" da hierarquia e disciplina, "princípios basilares das instituições militares", previstos no art. 142 da Constituição. Por outro lado, o Ministro defendeu pela declaração de não recepção da "rubrica enunciadora do tipo" que, embora de forma análoga ao preâmbulo fosse destituída de força normativa própria, serviria de norte interpretativo, razão pela qual inaceitável que consagre expressão discriminatória, bem como da expressão "homossexual ou não", posição subsidiária do relator. No mesmo sentido, votaram os Ministros Teori Zavascki, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

A Ministra Rosa Weber, entretanto, acompanhou o voto do Ministro Relator em sua posição inicial pela não recepção total. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello votou pela procedência integral da ADPF, fiel às suas críticas em relação ao CPM esboçadas no voto no julgamento das uniões homoafetivas, revisitando sua análise histórica.

Como se vê, o entendimento inicial do Ministro relator pela não recepção total foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Rosa Weber. Todavia, os outros ministros entenderam pela recepção *parcial* do dispositivo diante da necessidade de se manter a criminalização das relações sexuais nos quartéis para a boa administração castrense. A maioria da corte, portanto, entendeu que bastaria declarar não recepcionados as expressões problemáticas, mantendo-se incólume o resto do dispositivo. Após a posição majoritária ter se formado em sentido diverso do seu voto inicial, o Ministro Barroso apresentou reajuste de voto, nos termos de sua "proposta mínima", para manter a relatoria.

Como se vê, a resposta aqui foi substancialmente distinta daquela dada no julgamento anteriormente comentado. A decisão acerca das uniões homoafetivas representou uma expansão material do direito, ao aumentar o rol de sujeitos aptos a gozar de um determinado direito; significa dizer, providenciou uma alteração efetiva da ordem jurídica. Neste caso, entretanto, a alteração foi tão somente simbólica; se entendermos que o tipo penal permitia a punição igualmente de condutas homo e heterossexuais, o resultado foi que, após o julgamento do STF, o seu campo de incidência e os seus efeitos jurídicos permaneceram os mesmos[787]. O tribunal parece ter agido, como se vê, como um mero "revisor de estilo" do legislador, exercendo uma jurisdição constitucional cosmética e sem efeitos jurídicos concretos, que sufragou um tipo penal de um código altamente repressivo formulado durante um regime ditatorial[788].

Uma questão interessante que emergiu neste caso foi o expediente utilizado pelo Ministro Barroso para manter a relatoria. Com efeito, um dos fatores de constrangimento elencados por Friedman sobre a atuação judicial é a dinâmica dos órgãos colegiados[789]. Neste sentido, é importante considerar a distinção entre comportamento judicial *sincero*, em que o magistrado defende o que realmente entende como a solução *ideal* sobre o tema, e *estratégico*, que refletiria a solução possível diante de visões opostas mais próxima àquela que o juiz entende ideal, podendo ser entendida como uma solução "*second best*"[790].

Quando o relator de um determinado processo fica vencido no STF, i.e., quando o deslinde que o mesmo dava ao caso não obtém apoio da maioria do Tribunal, uma vez que os votos não são colhidos em relação aos fundamentos, surge a figura do "relator para o acórdão", i.e., o Ministro que vai elaborar a ementa. Diferentemente do que acontece em algumas cortes estrangeiras, como o Tribunal Constitucional Alemão, a práxis é a mudança da relatoria do acórdão para outro Ministro, a partir da ideia de que não se poderia exigir que alguém redigisse uma decisão com a qual discorda[791]. Muito embora todos os votos individuais integrem as

---

[787] Em que pese a aplicação abstrata tanto a casos de sexo heterossexual, quanto de sexo homossexual, a manutenção do tipo penal com o mesmo escopo jurídico não resolve, portanto, a situação de "impacto desproporcional" denunciada pelo Ministro Barroso. Ademais, o fato de *poder* ser aplicado a todas as modalidades de conduta sexual não significa que o tipo penal efetivamente seja. Com efeito, Marmelstein argumenta que os casos de pederastia constantes do arquivo jurisprudencial do Superior Tribunal Militar dizem respeito tão somente a casos em que os dois envolvidos no ato sexual era homem (MARMELSTEIN, George. O STM e as Pessoas "Sexualmente Invertidas". *Direitos Fundamentais*. Publicado em 08 out. 2008. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/10/09/o-stm-e-as-pessoas-sexualmente-invertidas/>. Acesso em 11 out. 2016).

[788] DIMOULIS, Dimitri. Muito barulho para nada: o caso da liberdade sexual nas forças armadas. *Jota*, publicado em 06 nov. 2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/muito-barulho-para-nada-o-caso-da-liberdade-sexual-nas-forcas-armadas>. Acesso em 11 out. 2016.

[789] FRIEDMAN, B. *The Politics of Judicial Review*. *Op. Cit.*, pp. 280 *et seq*.

[790] *Ibidem*, p. 282.

[791] SILVA, V. A. "'Um voto qualquer'?". *Op. Cit.*, p. 197.

decisões do STF, a importância da incumbência de redigir a ementa do caso é uma questão ainda não adequadamente explorada pela doutrina constitucional brasileira. Vírgilio Afonso da Silva aponta que alguns Ministros a entendem como absolutamente irrelevante, "quase de uma prática cartorária"[792].

Em contraposição a esta visão, fato é que a maioria dos operadores do direito somente vai entrar em contato com uma determinada decisão a partir da ementa. Em primeiro lugar, pela impossibilidade fática de se ler onze votos, muitas vezes extensos, em todas as decisões, em segundo lugar, a partir da ideia de que a ementa deve ser um resumo fiel do que foi decidido. Por outro lado, a falta de mecanismos pós-deliberativos colegiados dá ampla liberdade ao Relator para redigir a ementa, escolhendo que argumentos e discussões focalizar, o que, em última análise, pode colocar em xeque a própria representatividade da ementa em relação ao que foi *efetivamente* decidido[793].

Por esta razão, em determinadas decisões, os Ministros fazem grande esforço para não serem voto vencido, adaptando sua posição para seguir a maioria, com vistas a não perder a relatoria de um caso importante[794]. Tal foi a postura adotada pelo Ministro Barroso neste caso, para evitar que a tarefa de elaborar a ementa fosse parar nas mãos de outro Ministro, que pudesse apresentar a discussão de uma forma que desagradasse o relator original de maneira ainda mais intensa do que a simples mudança de posição para se acomodar à maioria. A bem da verdade, o próprio voto original do Ministro Barroso, apesar de perfilhar a ideia de que a melhor solução seria declarar a não recepção do dispositivo simplesmente, abria a porta para uma posição mais moderada em sua parte final. Esta posição, que foi a que acabou prevalecendo, seria, "melhor do que se tem"[795].

---

[792] *Ibidem*, pp. 197-198.

[793] Neste sentido, por exemplo, na Reclamação nº 9.428, julgada em 10.12.2009, o jornal *Estado de São Paulo*, reclamante, alegou que decisão proferida pelo TJDFT proibindo-o de publicar matéria sobre determinado processo judicial que corria em segredo de justiça contra Fernando Macieira Sarney, filho do então presidente do Senado, José Sarney, desrespeitava a decisão do STF na ADPF nº 130, que declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) pela nova ordem constitucional. Da ementa da ADPF, o Ministro Relator Ayres Britto fez constar um trecho que recriminava de forma percuciente o uso dos direitos da personalidade como argumento para limitar a imprensa, tachando-o de "censura judicial". O Relator da Reclamação, Ministro Cezar Peluso, entretanto, apontou em seu voto que a ementa refletiria a posição pessoal do autor e não a posição majoritária do tribunal, que decorreria da "inteligência sistemática dos votos".

[794] SILVA, V. A. "'Um voto qualquer?" *Op. Cit*, p. 198. Outro caso em que tal dinâmica ocorreu foi na Petição nº 3.388 (Caso Raposa Serra do Sol), em que o Ministro Ayres Britto, relator original, ao se ver vencido, alterou a posição original para não perder o relatório para o Ministro Carlos Alberto Direito.

[795] Para um debate acerca de qual deve ser o papel do Relator, com base nesta decisão, vide: GOMES, Juliana Cesário Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck. Qual o papel do Relator no Supremo? Duas respostas em tensão no caso da pederastia. *Jota*, publicado em 02 nov. 2015. Disponível em <http://jota.uol.com.br/qual-o-papel-do-relator-do-supremo-duas-respostas-em-tensao-no-caso-da-pederastia>. Acesso em 11 out. 2016.

O fato de a decisão envolver um aspecto referente à organização interna dos militares, pode ter dissuadido alguns dos Ministros de adotarem aqui uma posição mais agressiva, seja por entender que seria uma questão a ser resolvida e equacionada no âmbito interno das forças armadas, evitando, portanto, uma interferência externa do STF, seja por não querer desagradar um grupo político poderoso e influente. Neste sentido, acerca de uma possível influência que a questão militar pode ter produzido no julgamento, reitera-se a fala do Presidente Lewandowski que relatou ter sido procurado sobre o caso, bem como a posição do Ministro Marco Aurélio sobre a necessidade de o tribunal agir com especial cautela – ou condescendência – nos temas internos às Forças Armadas.

4.3. Ações sobre direitos de pessoas trans (RE nº 845.779, RE nº 670.422 e ADI nº 4275)

A primeira vez que o STF se deparou com o tema dos direitos transexuais foi em 2007, quando a então Ministra-Presidente Ellen Gracie, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 185, suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª região, proferida em ACP movida pelo Ministério Público Federal, que havia determinado à União que provesse, no prazo de 30 dias, todas as medidas aptas a possibilitar a realização pelo SUS de procedimentos cirúrgicos do processo transexualizador, conforme estabelecido nas resoluções do Conselho Federal de Medicina. A Ministra, apesar de afirmar não desconhecer "o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo", entendeu que a decisão configurava "grave lesão à ordem pública", diante dos riscos para a organização administrativa e alocação orçamentária para os serviços públicos de saúde. Como se vê, não foi um início particularmente promissor[796][797].

---

[796] A decisão, como seria de se esperar, foi recebida de maneira bastante negativa pelo movimento trans organizado. Assim, por exemplo, Barbara Graner, do Coletivo Nacional de Transexuais – CNT, pontuou que "mesmo sabendo das questões e das fragilidades de ordem orçamentárias, ficamos desalentadas em saber que somos preteridas pelo conjunto social, como se nossas demandas em saúde fossem secundárias" e Marjorie Marchi, presidente da Articulação Nacional de Travestis e Transexuais – Antra, declarou que "foi um balde de água fria. Uma violação do direito civil e uma violação do sonho, porque suscitou uma expectativa. E, pelo fato da Ellen Gracie ser mulher, esperava uma atitude mais sensível. Foi uma decepção". (BADENES, Hilda. Transexuais protestam contra decisão do STF que desobrigou SUS de fazer cirurgia de mudança de sexo. *Extra*, publicado em 12 dez. 2007. . Saúde e Ciência. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/transexuais-protestam-contra-decisao-do-stf-que-desobrigou-sus-de-fazer-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-640343.html>. Acesso em 11 out. 2016).

[797] Pouco tempo depois, entretanto, o Ministério da Saúde baixou portaria regulamentando o processo transexualizador no SUS (Portaria nº 1.707/2008) – a matéria atualmente é disciplinada pela Portaria nº 2.803/2013. Ademais, a ACP na qual a decisão suspensa foi proferida (Processo nº 2001.71.00.026279-9/RS) transitou em julgado favoravelmente aos direitos das pessoas trans.

Atualmente, três ações que versam sobre o tema do direito dos transexuais estão em tramitação no STF; a primeira ação destas é o RE nº 845.779, oriundo de uma ação de indenização por danos morais movida por uma mulher transexual em face de determinado shopping-center que impediu o seu acesso ao banheiro do gênero de identificação. A decisão de 1º grau, favorável à autora, acabou reformada na 2ª instância. O Tribunal entendeu pela existência de repercussão geral do tema ("possibilidade de uma pessoa, considerados os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente") em novembro de 2014.

Este processo foi objeto de uma primeira de sessão de julgamento em 19 de novembro de 2015, em que votaram os Ministros Barroso (relator) e Fachin, ambos pela procedência do pedido, para reconhecer o direito ao tratamento social de acordo com o gênero de identificação[798], interrompida por pedido de vista do Ministro Fux. Apesar de os dois votos proferidos na ocasião terem sido positivos aos direitos transexuais, as manifestações na sessão demonstraram o desconforto de alguns Ministros em tratar do tema. O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, se referiu à cirurgia de transgenitalização utilizando o termo "mutilação" – uma concepção bastante conservadora no âmbito do direito civil e penal –, e questionou o quanto a autora efetivamente pareceria uma mulher, entendendo que se fora retirada do banheiro provavelmente era porque não tinha uma aparência suficientemente feminina[799]. Assim, conforme já sinalizado na seção 3.2., as circunstâncias fáticas concretas do caso foram polemizadas, podendo vir a modular a garantia geral do direito ao tratamento de pessoas trans

[798] O voto do Ministro Fachin a favor dos direitos transexuais ajudou a desfazer o desconforto que a sua declaração de que "não se deve heterossexualizar a heterossexualidade", proferida em sua sabatina pelo Senado Federal, produziu entre o movimento LGBT, que colocou em xeque suas credenciais progressistas. O Ministro, ademais, votou por majorar o valor do dano moral e, talvez mais importante, corrigir os dados da autora no processo, tendo em vista que a mesma era identificada nos autos apenas pelo nome registral masculino, para incluir ao lado deste o nome social. Cabe destacar, por outro lado, que o Ministro pouco tempo antes de entrar para o STF havia publicado artigo acadêmico em que defende uma posição bastante progressista sobre os direitos de pessoas trans (FACHIN, L. E. "O corpo do registro no registro do corpo". *Op. Cit.*).

[799] "A guardadora do banheiro feminino pediria que ela se dirigisse ao banheiro masculino se ela tivesse a aparência realmente feminina? Roberta Close, como você [Barroso] citou, eu não tenho a menor dúvida, seria admitida [...] Eu custo a acreditar que no caso a empregada do shopping responsável pela guarda do banheiro adotasse a postura que adotou se a aparência fosse realmente feminina, não teria direcionada, aí seria um escândalo, ela com aparência feminina entrando no banheiro masculino". Diante deste questionamento, a advogada da autora assomou à tribuna para prestar esclarecimentos fáticos, aduzindo que a autora faz terapia hormonal e, desde os 16 anos de idade, se veste e se apresenta como mulher. O Ministro Relator inclusive apontou ter em mãos fotografia da autora para comprovar a sua qualidade de mulher "de verdade".

em acordo com o gênero de identificação. Especificamente, o direito de usar o banheiro da autora foi colocado em xeque a partir do seu grau de "passabilidade"[800] [801].

O Ministro Lewandowski, por sua vez, expressou preocupação de que outras mulheres poderiam sofrer constrangimentos ao utilizar o banheiro junto com uma mulher trans, dando a entender que a eventual garantia do direito poderia dar cobertura a abusos sexuais e pedofilia[802]. Neste sentido, o Ministro Fux questionou à advogada da autora se a sua cliente já havia se submetido à cirurgia de transgenitalização, indicando que a possibilidade de fazer uso do banheiro feminino poderia ser modulada pela circunstância de ela ter um pênis. Ademais, o seu pedido de vista foi baseado em uma suposta necessidade de se escutar a sociedade sobre o tema, por se tratar de um "desacordo moral bastante razoável", embora o julgamento tratasse de um direito fundamental de um grupo minoritário.

O relato da sessão reforça a noção de que a jurisdição constitucional não ocorre "no vácuo", i.e., sem que as demandas sociais que busca tutelar existam e gozem de um nível mínimo de aceitação social, revelando o paradoxo de que quanto mais estigmatizada e vulnerável for uma minoria, menor a chance de que a mesma tenha seus direitos tutelados pela Corte Constitucional.

Assim, inicialmente, deve ser destacado que, ao contrário do que ocorre com o tema da união e casamento homoafetivos, existem poucas pesquisas quantitativas referentes à aceitação social de direitos e demandas da população trans[803]. Pesquisa realizada com moradores do Rio de Janeiro em 2014 referente à percepção dos habitantes da cidade acerca dos direitos humanos revelou que apenas 22% dos entrevistados entendiam que o uso de banheiros femininos deveria ser um direito garantido a travestis[804]. O resultado encontrado na pesquisa foi substancialmente mais baixo do que o apoio à união entre pessoas do mesmo sexo, que ficou em 53%[805].

---

[800] A noção de "passabilidade" pretende retratar a possibilidade de uma pessoa trans "passar por" uma mulher ou homem cisgênero; isto é, se é ou não imediatamente reconhecida no trato social como pessoa trans. A ideia de "passabilidade" é polêmica porque em algum nível engessa concepções de gênero estáticas acerca de como deve ser um homem ou uma mulher "de verdade" e também por comportar um marcador de classe, na medida em que elementos do processo transexualizador, como, por exemplo, cirurgias plásticas, muitas vezes apresentam custos proibitivos para a maioria da população trans.

[801] Deve ser destacado que o debate das circunstâncias fáticas do caso, como por exemplo, o grau de passabilidade da autora, a rigor deveria ter se limitado aos termos da decisão recorrida, por se tratar o caso de recurso extraordinário, no qual o reexame fático-probatório é vedado.

[802] "Eu fiquei um pouco preocupado também com a proteção da intimidade e da privacidade de mulheres e crianças do sexo feminino que estão numa situação de extrema vulnerabilidade tanto do ponto de vista físico, quanto do ponto de vista psicológico, quando estão no banheiro".

[803] É possível estabelecer, ainda, uma relação entre a falta de pesquisas de opinião relativas aos direitos do grupo e a própria estigmatização e invisibilidade sofridas pelas pessoas trans, conforme já apontado na nota de rodapé nº 264.

[804] GARRIDO, A; *et al*. "Buscando Conceitos e Desbravando Sentidos". *Op. Cit.*, p. 10.

[805] *Ibidem*, p. 8.

Apesar de a pesquisa falar em travestis e o caso *sub exame* no STF envolver uma mulher transexual, o resultado permite inferir que o uso do banheiro feminino por travestis e mulheres transexuais é uma questão profundamente mais controvertida do que o tema das uniões homoafetivas, situação que pode modular o nível de apoio dos Ministros ao tema do tratamento de pessoas trans de acordo com o gênero de identificação.

Cabe destacar que existe uma diferença substancial entre as duas situações. Enquanto a união estável representa uma mudança de *status* "formal", não aparente no trato social, e, neste sentido, que não "incomoda", o direito ora pleiteado envolve a convivência e a tolerância com o diferente. Assim, por exemplo, as pesquisas de opinião revelam que o apoio à expressão de homoafetividade em lugares públicos (beijos, abraços, etc.) é substancialmente menor do que o apoio às uniões homoafetivas[806]. Significa dizer, existe uma diferença no nível de apoio quando a garantia do direito não interfere no cotidiano das pessoas, obrigando-as a lidar com o diferente, e quando a tolerância e a convivência com o diferente são necessárias[807]. Ademais, a convivência nesse caso se faz necessária com o segmento mais estigmatizado da comunidade LGBT.

Outra preocupação que pode influenciar o julgamento diz respeito ao fato de que, enquanto no julgamento das uniões homoafetivas, as consequências jurídicas e os obrigados a cumprir a decisão estavam bem determinados, a situação ora *sub examine* não conta com a mesma previsibilidade. Assim, se naquele caso o que se pleiteava em última análise era a fruição de um direito razoavelmente especifico e já reconhecido pelo ordenamento jurídico – a união estável –, a ser garantido basicamente por cartórios e juízes, aqui, a garantia de um direito geral a ser tratado de acordo com o gênero de identificação é uma previsão bem mais ampla que

---

[806] Assim, a mesma pesquisa supracitada que obteve um apoio à união homoafetiva de 53%, revelou que "um casal do mesmo sexo se beijando em público" era apoiado somente por 30% dos entrevistados (*Ibidem,* p. 9).

[807] Neste sentido, a supracitada pesquisa, destaca o grau de perturbação que o tema do uso dos banheiros por travestis pode gerar à sociedade profundamente heteronormativa e generificada: "soma-se a essa noção de 'estigmatização reforçada' das travestis a própria questão do banheiro masculino e feminino poderoso instrumento de reforço de um binarismo normativo, obrigatório e 'natural' de gênero, que é posto em xeque pela própria figura da travesti. Neste sentido, a questão do uso do banheiro é sempre problemática, na medida em que à travesti não é dado frequentar de forma integralmente legitima qualquer um dos dois banheiros, que representam padrões limitados e limitadores de vivência do gênero. A obrigação do uso do banheiro masculino pela travesti representa um reforço da equiparação entre sexo, ou antes, da mera genitália, com o gênero, enquanto a possibilidade do uso do banheiro feminino representa não apenas o descolamento entre sexo/genitália e gênero, mas também a própria percepção de que existem vivências de gênero além do binômio masculino x feminino. Isto posto, dada força de tais noções, que não são enfrentadas com a mesma intensidade, por exemplo, pela união homossexual, não chega a causar espécie o elevado grau de desaprovação da utilização do banheiro feminino pelas travestis, sintomático não apenas de uma desaprovação moralista da figura da travesti em si, mas da própria intensidade e força ainda ocupada em nossa sociedade pelas noções tradicionais de gênero" (*Ibidem*, p. 10).

requer a sua observância por uma generalidade virtualmente indeterminável de sujeitos[808], o que pode envolver uma série de consequências de difícil antecipação.

Ademais, este direito se volta virtualmente a toda sociedade, o que torna a possibilidade de o julgamento ser desrespeitado uma preocupação bastante séria. Dentro desta lógica, é evidente que nenhum Ministro espera que a mera previsão pelo STF de um direito a ser tratado pelo gênero de identificação vai operar da noite para o dia uma transformação social que implique na superação de qualquer situação de discriminação transfóbica. Todavia, a partir de um eventual julgamento nesse sentido, as situações de tratamento em desacordo com o gênero de identificação importarão em desrespeito ao próprio julgado, o que, dentre outras consequências, pode provocar um aumento no número de reclamações.

De qualquer forma, fato é que um eventual julgamento favorável aos direitos trans por parte do STF seria não o final da história, mas apenas o seu início. Assim, segundo Scheingold, "a declaração de direitos é normalmente o prelúdio de uma luta política" pelo cumprimento da decisão[809].

No que concerne aos direitos de transexuais, estão pendentes ainda de julgamento a ADI nº 4275 e o RE nº 670.422. A ação abstrata foi proposta pela então Procuradora-Geral em exercício Deborah Duprat e distribuída ao Ministro Marco Aurélio, e pretende que o STF confira interpretação conforme ao art. 58 da Lei nº 6.015/73 ("Lei de Registros Públicos") para que se reconheça a transexuais o direito de alterar o prenome e o sexo em seus registros civis, independente da realização de cirurgia de transgenitalização. O Recurso Extraordinário, distribuído ao Ministro Dias Toffoli, trata do mesmo tema e é oriundo de um caso concreto em que o TJRS permitiu a um indivíduo transexual a alteração do seu nome e sexo registrais, fazendo constar neste último, entretanto, o termo "transexual", o que foi considerado pelo recorrente como discriminatório e lesivo do seu direito à intimidade. A Corte reconheceu a repercussão geral do tema ("possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo") em setembro de 2014.

---

[808] Esta situação se assemelha ao relato de Scheingold sobre as decisões judiciais que vedavam à discriminação contra negros nos Estados Unidos no registro eleitoral e em contratos de aluguéis ou no mercado de trabalho; enquanto no primeiro caso o cumprimento da decisão era facilitado diante do número reduzido de cartórios eleitorais, no segundo, o número elevado de senhorios e patrões tornava-o muito mais difícil. (SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 125).

[809] SCHEINGOLD, S. A. *The Politics of Rights*. *Op. Cit.* p. 123. No mesmo sentido, o autor defende que "usar as cortes para fazer as coisas acontecer no mundo real, em ultima instância, coloca o litigante vitorioso com uma ordem judicial contra aqueles inclinados a resistir" ("*Using courts to make things happen in the real world ultimately pits the victorious litigant with a court order against those who are inclined to resist*"; *Ibidem.* p. 117).

Dado o papel destacado que o relator desempenha na construção do debate desenvolvido em cada julgamento, e na própria influência que o mesmo exerce sobre o resultado final do processo, embora este protagonismo seja atenuado em causas de maior repercussão, deve ser objeto de especial preocupação por parte dos defensores dos direitos de pessoas trans a relatoria do primeiro caso. Isto porque, na primeira sessão de julgamento havida até o momento no RE nº 845.779 o Ministro Marco Aurélio demonstrou grande desconforto com o tema, parecendo indicar no mínimo pouca sensibilidade para com as questões atinentes à transexualidade[810].

A PGR na qualidade de *custos legis* se manifestou no RE nº 670.422 no sentido da possibilidade de alteração de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de adequação de sexo, rechaçando especialmente à inclusão do termo "transexual" nos registros civis.

4.4. Doação de Sangue (ADI nº 5543)

A Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, que define o regulamento técnico dos procedimentos hemoterápicos, impede a doação de sangue por homens que se relacionaram sexualmente com outros homens nos últimos doze meses[811], independentemente de considerações sobre a prática sexual ter sido protegida, número de parceiros e existência de relacionamento estável[812]. Embora haja previsão expressa no diploma normativo vedando a discriminação em razão da orientação sexual do doador[813], a necessidade de abstinência de qualquer prática sexual por um longo período gera uma exclusão *de facto* de homens homossexuais do direito de doar sangue[814].

---

[810] O próprio ministro indicou tal circunstância durante a sessão de julgamento: após o Ministro Barroso apontar a existência de outra ação a discutir direitos de pessoas transexuais no tribunal, o Ministro Marco Aurélio informou sê-la de sua relatoria e advertiu "vossa excelência deve imaginar o meu convencimento a respeito".

[811] "Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo: IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes".

[812] AVILA, Juliana Carreiro. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais: uma análise à luz da Constituição de 1988. (Trabalho de conclusão de curso). Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 47. A sistemática de exclusão temporária pelo prazo de doze meses foi introduzida no Brasil em 2002, em substituição a regra anterior que previa a exclusão definitiva de homens que em algum momento da vida houvessem se relacionado sexualmente com outros homens (*Ibidem*, p. 29).

[813] "Art. 2º, § 3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, *porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero*, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor" (grifou-se).

[814] MORRISON, Mathew L. "Bad Blood: an examination of the constitutional deficiencies of the FDA's 'gay blood ban'". In: *Minnesota Law Review*, v. 99, 2015, p. 2372. Neste sentido, segundo Avila "mesmo não que não utilize expressamente o termo 'homossexual", o critério empregado é, claramente, o da orientação sexual. Isso fica evidente, sobretudo, a partir da redação da Portaria do Ministério da Saúde, que, no *caput* do art. 64 menciona

A origem desta vedação se relaciona ao inicio da epidemia de AIDS, que atingiu em seus primeiros anos a população masculina homossexual de maneira muito mais pronunciada, a ponto de vir a ser conhecida como "peste gay" ou "câncer gay", conforme analisado anteriormente. Naquele momento, a discussão em torno da AIDS centrava-se na categoria de "grupos de risco", que traduzia certa noção essencialista do risco da doença em relação a sujeitos determinados. Um dos principais desses "grupos de risco" – talvez o principal – era formado justamente por "homens que fazem sexo com outros homens" – HSHs[815].

Fato é que, com o passar dos anos, o conhecimento científico em torno do tema do HIV/AIDS aumentou sensivelmente, de modo que as formas de contágio hoje são objeto de consenso científico, sendo amplamente aceito que a orientação sexual não tem relação com a transmissão de HIV[816]. Significa dizer, uma pessoa não contrai HIV/AIDS porque é gay ou participou um de um ato homossexual, e sim porque se envolveu em alguma situação de risco, como sexo sem proteção[817]. Defende-se, portanto, que o foco, deveria migrar para a consideração destes comportamentos, independentemente de a prática sexual envolver parceiros de mesmo ou distinto sexo[818]. Ademais, parte importante destes avanços se deu com o desenvolvimento ao longo do tempo de novas e cada vez mais eficientes técnicas de testagem do sangue[819], que passaram a ser incorporadas às rotinas de controle de qualidade do sangue doado[820]. Com efeito, o desenvolvimento científico tornou a vedação da doação de sangue por homossexuais cada vez menos popular entre a comunidade médica e população em geral[821].

---

situações e, no item IV, faz, em verdade, uma delimitação de grupo, falando em "homens que fazem sexo com outros homens". Ao contrário de outros subitens, em que se menciona uma ação, no item IV não se define propriamente uma conduta, como "fazer sexo anal com homens", ou "fazer sexo anal desprotegido", categorias que abrangeriam homens ou mulheres, sem delimitação tão precisa da orientação sexual. O que há, sob uma tentativa mal disfarçada de definição de conduta, é a fixação de um grupo de pessoas com sexualidade historicamente desviante e vítima de preconceito, a saber, indivíduos do sexo masculino, que fazem sexo com outros homens" (AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit.*, p. 45).

[815] AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit*, pp. 27-28.

[816] LARKIN, Whitney. "Discriminatory Policy: Denying Gay Men the Opportunity to Donate Blood". In: *Houston Journal of Health Law & Policy*, v. 11, 2011, p. 142.

[817] Assim, a proporção de pessoas que contraem o HIV em práticas heterossexuais vem aumentando nos últimos anos, passando a corresponder a maior parte dos casos de infecção (AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit.*, pp. 32-33).

[818] MCADAM, C.; PARKER, L. "An antiquated perspective". *Op. Cit*, p. 58

[819] *Ibidem.*, pp. 29-30; AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit*, pp. 33-35.

[820] Neste sentido, a Portaria º 158/2016 prevê: "Art. 129. O serviço de hemoterapia realizará testes para infecções transmissíveis pelo sangue, a fim de reduzir riscos de transmissão de doenças e em prol da qualidade do sangue doado.

Art. 130. É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador: I - sífilis; II - doença de Chagas; III - hepatite B; IV - hepatite C; V - AIDS; e VI - HTLV I/II".

[821] MORRISON, M. L. "Bad Blood". *Op. Cit*, p. 2371

Diante deste quadro muitos autores, gestores e ativistas defendem uma revisão da vedação da doação de sangue por homens homossexuais, como forma de simultaneamente garantir um maior suprimento de sangue e tutelar a dignidade deste grupo. Advoga-se, então, que as políticas de doação de sangue devem se concentrar em comportamentos de risco, independentemente de por quem adotados, e que vedar a doação de sangue de um homem homossexual que faça sexo protegido em uma relação estável é discriminatório e representa uma visão ultrapassada da AIDS[822].

Com base nestes pressupostos, o PSB ajuizou em 07.06.2016 a ADI nº 5.543, visando à declaração de inconstitucionalidade, com pedido liminar, do art. 64, IV da Portaria do Ministério da Saúde nº 158/2016 e art. 25, XXX, alínea "d", da Resolução RDC nº 34/2014, da ANVISA[823], que preveem a regra de exclusão temporária de HSHs. Argumenta-se que a vedação representa um tratamento discriminatório que gera danos à saúde pública, ao impedir que homens gays possam contribuir com os estoques de sangue; e à dignidade dos homossexuais, ao perpetuar estigmas baseados na visão anacrônica de "grupo de risco".

Em 08.06.2016, o Ministro-Relator Edson Fachin determinou a adoção do rito abreviado para o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade previsto no art. 12 da Lei nº 9.868/99[824], em decisão que indicou a sua tendência em julgar procedente o pedido ao afirmar que "muito sangue tem sido derramado em nosso país em nome de preconceitos que não se sustentam, a impor a célere e definitiva análise da questão por esta Suprema Corte". No mesmo sentido, em 06.09.2016, a PGR se manifestou pelo deferimento da medida cautelar na ADI, dando destaque para os efeitos estigmatizantes decorrentes da adoção de um modelo com base na ideia de "grupos de risco" e não de "comportamentos de risco".

Embora o processo ainda esteja em suas fases iniciais e não haja previsão para o julgamento, é possível vislumbrar desde logo que uma questão marcante nesse caso diz respeito à "capacidade institucional" do STF para determinar aspectos altamente técnicos como

---

[822] *Ibidem,* pp. 2400 *et seq*, AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit, passim.*

[823] "Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos: XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se: d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes"

[824] "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação".

protocolos de doação de sangue[825]. Assim, em que pese a crescente rejeição à vedação da doação de sangue por homossexuais no meio científico, esta questão está longe de ser pacífica. Opositores da medida apontam que, diante das limitações de ordem técnica e operacional para a testagem do sangue, principalmente durante o período da "janela imunológica", em que a detecção do vírus do HIV não é possível, bem como a prevalência estatística da AIDS entre HSHs, o risco de infecção do receptor legitimaria a restrição[826]. Com efeito, em nível global, a discussão permanece acesa, e muitos países adotam políticas ainda mais restritivas que a brasileira, inclusive com a exclusão permanente[827].

Assim, a falta de consenso técnico-científico em torno do tema é um fator que pode influenciar a decisão dos ministros, fazendo-nos adotar uma postura mais deferente à decisão adotada pelo órgão executivo. Qualquer que seja o desfecho do julgamento, parece evidente que os Ministros precisarão enfrentar argumentos e lógicas que transbordam do debate jurídico. Com efeito, Souza Neto e Sarmento advogam ser "recomendável uma postura de autocontenção judicial diante da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito"[828].

Neste sentido, é interessante notar que dentre as instituições e entidades que solicitarem ingresso como *amici curiae* até o momento – todas favoráveis ao pleito – nenhuma é ligada à área da saúde. Com efeito, tratam-se de órgãos estatais e associações ligadas ao universo jurídico e ou grupos de defesa dos direitos LGBT[829]. Deve ser colocado em xeque, portanto, a

---

[825] A ideia é utilizada aqui para destacar o fato de que os juízes estão bem preparados para o enfrentamento de discussões jurídicas, mas não contam de modo geral com a expertise ou suporte técnico para questões que envolvam outros campos do conhecimento. SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional. Op. Cit.*, p. 432.

[826] TANAKA, Mirtha Susana Yamada; OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. "Homens que fazem sexo com homens e análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil". In: *Revista Bioética*, 18(3), 2010. Especificamente opondo-se à ADI nº 5.543, vide: SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável. In: *Consultor Jurídico*, publicado em 28 jun. 2016. Opinião. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em 11 out. 2016.

[827] A resposta dada pelos diversos países quanto à possibilidade de HSH doarem sangue envolve a adoção de uma das três políticas seguintes: (a) exclusão definitiva, política adotada por países como Alemanha, China, Índia, Filipinas, Suíça, Turquia, Venezuela e, até 2015, os EUA; (b) exclusão por um período de tempo determinado, adotada, além do Brasil, por Austrália, Canadá, França, Reino Unido, Japão, e, atualmente, os EUA; e (c) ausência de período de exclusão específico para HSH, i.e., exclusão feita com base na ideia de "comportamentos de risco" e não de "grupo de risco", com regras igual para práticas sexuais hetero ou homossexuais, política adotada por países como África do Sul, Argentina, Colômbia, Chile, Espanha, Itália, México e Portugal.

[828] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. "Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 108.

[829] Foram admitidas como *amici curiae* até o momento as seguintes entidades: Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Grupo Dignidade – pela cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCIVIL; Defensoria Pública da União; Defensoria Pública do Estado da Bahia; Associação Brasileira de Famílias Homoafetivas - ABRAFH, Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual e de Gênero –

efetiva capacidade de pluralização do debate por elas promovida, ao menos do ponto de vista do conhecimento técnico extrajurídico carreado. Como visto, um dos papéis que os defensores do instituto costumam lhe imputar é justamente a capacidade de trazer um conhecimento técnico normalmente indisponível aos ministros e operadores do Direito de forma geral[830]. Neste sentido, os principais argumentos contrários à mudança da regra atual envolvem discussões sobre janela imunológica, prevalência demográfica da sorologia positiva, segurança e confiabilidade das técnicas de testagem do sangue, etc., todos pontos que passam muito distante do campo do saber dos Ministros e dos *amici curiae*. Embora a eventual realização de uma audiência pública pudesse trazer mais oportunidades de serem ouvidos cientistas e pesquisadores da área saúde, a enorme discricionariedade que o relator possui para a eventual convocação tornou inviável qualquer movimento neste sentido, uma vez que o Ministro-relator Fachin já indicou ter posição formada sobre a questão e pressa para o julgamento do caso.

É de se esperar que, dada a tendência maximalista de fundamentação das decisões do STF, os Ministros acabem entrando longamente em debates extrajurídicos sobre o estado da arte da ciência e das técnicas hemoterápicas. Em que pese alguma discussão sobre o tema ser inevitável neste caso, cabe questionar qual a legitimidade dos Ministros para fundamentos que fujam do campo do direito, principalmente quando mesmo com a ampliação promovida pela admissão de *amici curiae* todos os participantes no debate continuaram estritamente ligados ao campo do conhecimento jurídico[831].

Não se pretende defender que o mero fato de um ato normativo impugnado versar sobre um assunto científico extrajurídico deve importar na adoção de uma postura autocontida do Judiciário ou, pior, na sua avalização automática. O nível de rigor na avaliação das leis em sede de controle de constitucionalidade é calibrado por uma série de considerações distintas, que podem requerer um exame ora mais rigoroso, ora mais deferente. Assim, Souza Neto e Sarmento defendem também que o fato de um ato normativo atingir direitos de minorias

---

GADvS; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília – CADIR; Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: Filosofia e Dogmática Constitucional Contemporânea do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR; Núcleo de Prática Jurídica da UFPR; e Conselho Federal da OAB. Cabe destacar, ainda, que, as Defensorias Públicas da União e do Estado da Bahia já vinham atuando na questão, tendo expedido em 15.02.2016 Recomendação Conjunta exortando o Ministério da Saúde a revogar a vedação temporária de doação por HSHs.

[830] Por outro lado, deve-se contemporizar tal circunstância, uma vez que é natural que as instituições mais diretamente ligadas ao mundo do Direito acompanhem de forma mais próxima os trabalhos do STF, vindo a serem as primeiras a solicitar ingresso na qualidade de *amicus curiae*.

[831] Cabe repisar a advertência da Ministra Ellen Gracie de que o STF não é uma "academia de ciências" lançada no seu voto pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança na ADI 3.510. Embora não se pretenda discutir a possibilidade de os Ministros questionarem a constitucionalidade as escolhas técnico-políticas da Administração, quanto mais técnica a matéria, maior a necessidade de ampliação do debate para incluir atores de fora do mundo do Direito.

estigmatizadas no processo político, como homossexuais, deve requerer do Judiciário uma atuação mais ativa no controle das decisões dos órgãos políticos, na medida em que estes espaços muitas vezes não dão a atenção necessária aos direitos e interesses destes grupos[832].

Assim, é possível perceber que a Portaria nº 158/2016, ao atingir direitos de uma minoria estigmatizada – atuando, ainda, no reforço do estigma envolvendo a imbricação entre AIDS e homossexualidade – requer uma postura mais criteriosa do Judiciário no controle das suas razões de ser e de sua proporcionalidade. Esta consideração não infirma, por outro lado, o fato de que o ato controlado representa um protocolo técnico-científico, e as razões contra ou a favor do exame de sua proporcionalidade envolverem discussões que fogem do campo do Direito. Uma decisão do STF que entenda, por exemplo, que a Portaria é desproporcional, na medida em que o avanço cientifico tornou a exclusão temporária desnecessária diante de outros mecanismos de controle da qualidade do sangue que garantem a mesma segurança com menos restrição de direito, importa, evidentemente, na análise destes distintos mecanismos de controle[833]. Parece evidente, nesse sentido, que uma decisão que chegue a tal conclusão sem participantes fora do mundo do Direito tem a sua legitimidade abalada.No direito comparado, a revogação da vedação de doação de sangue por meio de sua declaração de inconstitucionalidade judicial tem precedente na decisão T-248/2012 da Corte Constitucional colombiana. Naquele país, as normas aplicáveis previam a exclusão por 15 anos de HSHs diante do "risco potencial" de infecção pelo vírus HIV; a Corte entendeu que a regra era discriminatória e retratava um estágio ultrapassado do desenvolvimento científico em torno da AIDS, determinando a adoção de um paradigma baseado na ideia de comportamentos de risco, igual para práticas hétero e homossexuais. É interessante notar que a sala (órgão fracionário do tribunal) responsável pela decisão convidou uma série de instituições e entidades a submeterem parecer técnico sobre a questão de fundo, incluindo a Organização Pan-Americana da Saúde e quatro Faculdades de Medicina.

4.5. Criminalização da Homofobia (MI nº 4733 e ADO nº 26)

Após ter sido aprovado na Câmara dos Deputados e de mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, o PLC nº 122/2006, principal projeto legislativo sobre a

[832] SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. *Direito Constitucional*. *Op. Cit.*, p. 432.; *Idem*. "Controle de constitucionalidade e democracia". *Op. Cit.*, pp. 104-105..

[833] Para uma análise pormenorizada da Portaria *sub exame* e o princípio da proporcionalidade, vide AVILA, J. C. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais. *Op. Cit.*, pp. 45 *et seq.*

criminalização da homofobia, que pretendia a inclusão da discriminação em função de orientação sexual e identidade de gênero na Lei nº 7.716/89 ("Lei do Racismo")[834], restou arquivado no Senado Federal. Diante da falta de progresso na arena legislativa, o movimento LGBT se voltou, então, para o STF, a partir da ideia de que existiria uma omissão inconstitucional do Legislativo em criminalizar a homofobia e a transfobia.

Assim, a ABGLT impetrou o MI nº 4733, em 10.05.2012, defendendo que a criminalização seria "medida absolutamente necessária para que não seja inviabilizado faticamente o exercício da cidadania da população LGBT brasileira". Visando superar a "má vontade institucional do Parlamento Brasileiro" e um déficit de proteção às pessoas LGBT, a autora pleiteou fosse declarada a mora inconstitucional do Congresso, fixando prazo razoável para a edição de lei criminalizadora; e, caso transcorrido o referido prazo sem a promulgação da norma penal, fossem dados efeitos concretos ao mandado de injunção para que o STF procedesse diretamente à tipificação, seja pela inclusão da hipótese na Lei nº 7.716/89, seja pela tipificação de outra forma que a corte entendesse mais adequada.

Inicialmente, o então relator, Ministro Lewandowski[835], acolhendo o parecer da PGR, não conheceu da ação, por entender não haver no caso fruição frustrada de direito especificamente consagrado pela Constituição[836], mas tão somente "um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas"

Diante desta decisão foi interposto agravo regimental pela parte autora, ainda pendente de julgamento. No seu parecer, entretanto, a PGR modificou substancialmente o entendimento anterior, passando a opinar pelo conhecimento e provimento da ação com efeitos bastante amplos. O novo parecer entendeu haver "clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero". Assim, defendeu o reconhecimento da mora inconstitucional, alegando ser "patente a excessiva duração do processo legislativo da proposta de criminalização da homofobia e transfobia" e da percepção de que a "parca legislação penal em vigor não mais dá conta da discriminação e do preconceito referentes à orientação sexual e à identidade de gênero". Mais

[834] A lei prevê atualmente a punição dos crimes motivados pela discriminação ou preconceito em função de "raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", de forma que tem se construído como um "diploma geral do direito penal antidiscriminatório".
[835] O atual relator é o Ministro Edson Fachin.
[836] Decisão semelhante foi dada pela corte no MI nº 624, julgado em 25.07.2007, em que determinado cidadão pleiteava fosse reconhecida a omissão do Legislador em definir os crimes de responsabilidade dos desembargadores dos tribunais de justiça. Entendeu-se, no caso, que o a ausência da norma não impedia o impetrante de exercer qualquer direito subjetivo, de maneira que a ação não foi conhecida.

do que isso, a PGR pugnou pela possibilidade de que o próprio STF, enquanto não sobreviesse a lei, regulamentasse diretamente a criminalização, sugerindo, para tanto, considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo para efeitos da aplicação da Lei nº 7.716/89 ou utilizar desde logo o texto do PLC nº 122/2006, que ainda não havia sido arquivado, ou do projeto de Código Penal do Senado, que previa crime resultantes de preconceito ou discriminação. Diante da evidente dificuldade apresentada pelo princípio da legalidade estrita (art. 5º, XXXIX da Constituição), destacou que este não seria desobedecido em razão de ser a regulamentação excepcional e supletiva, além de uma obrigação constitucionalmente determinada.

Conforme já narrado, existe ainda uma segunda ação com o mesmo objetivo de criminalização da homofobia, a ADO nº 26, proposta pelo PPS em 19.12.2013. Esta ação foi subscrita pelo mesmo advogado do Mandado de Injunção e teve os mesmos fundamentos e pedidos, inclusive os referentes ao exercício pelo STF de "atividade legislativa atípica" para promover diretamente a tipificação da homofobia e da transfobia[837].

O parecer da PGR seguiu a mesma inteligência da manifestação no agravo regimental do mandado de injunção, inclusive opinando pela solução da mora legislativa por meio de recurso à técnica de interpretação conforme a Constituição, para prever a possibilidade de aplicação da lei nº 7.716/89 aos casos de homofobia; ou alternativamente "atuação normatiza concretizadora" pelo próprio STF, que poderia tomar por base o conteúdo do PLC nº 122/2006 ou do projeto de Código Penal do Senado. Desenvolvendo as ideias expostas no parecer anterior, esta manifestação enfrentou expressamente o problema referente à possibilidade de extensão da aplicação da Lei nº 7.715/89 e a vedação da analogia *in malam partem* na esfera penal, entendendo que o caso seria de mera "interpretação conforme a Constituição do conceito de raça, para adequá-lo à realidade brasileira atual, em processo de mutação de conceitos jurídicos".

Feito este relatório acerca das duas ações em curso, algumas questões exsurgem[838]. A primeira delas diz respeito ao uso da jurisdição constitucional para extensão de hipóteses de

---

[837] A concessão de efeitos normativos constitutivos para prever um regramento provisório nos casos de inconstitucionalidade por omissão somente foi feita pelo STF até o momento em sede de mandado de injunção. No âmbito do controle abstrato, entretanto, o tribunal tem se limitado à cientificação da mora inconstitucional e da situação de omissão, podendo prever determinado prazo não cogente para a correção. Eventual deferimento deste pedido importaria em uma alteração radical da jurisprudência do STF, mormente por se tratar de matéria penal (BARROSO, L R. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. *Op. Cit.*, pp. 265-266)

[838] Não será objeto de consideração em razão dos limites do presente estudo, entretanto, a circunstância de a inexistência de proteção penal importar ou não no impedimento da fruição de direitos fundamentais por parte de pessoas LGBT, e nem sobre qual deve ser o papel do Direito Penal no âmbito do direito da antidiscriminação.

tutela penal, seja através da interpretação conforme a Constituição da lei nº 7.716/89, seja através do exercício de função normativa atípica por parte do STF, o que representa uma grande dificuldade para o entendimento tradicional da legalidade estrita em matéria penal.

Segundo Jane Reis e Gabriel Gonçalves, nos casos em que exista reserva absoluta de lei, haveria uma "omissão inconstitucional insuperável". Segundo os autores, o principal exemplo desta hipótese seria justamente a previsão de novo tipo penal ou agravamento do regime persecutório de determinado crime, uma vez que "a observância do princípio da legalidade em matéria penal constitui garantia mínima do Estado de Direito, tratando-se de salvaguarda essencial da liberdade constitucional"[839]. Neste sentido, mesmo autores entusiastas da superação do dogma do legislador negativo e da possibilidade de sentenças aditivas e normativas pelo STF entendem que a reserva de lei em sentido absoluto, como se dá com a criação de tipos penais, representa uma limitação instransponível à competência normativa judicial[840]. Significa dizer, o STF está impedido de superar diretamente a ausência da tutela penal da criminalização da homofobia e da transfobia. Restaria apenas a possibilidade do reconhecimento da omissão inconstitucional, cientificando o legislador dessa situação, como um mecanismo de "controle fraco de constitucionalidade"[841] [842].

Outrossim, a eventual arrogação pelo STF da possibilidade de extensão da tutela penal, seja por meio de técnica interpretativa que, ao fim e ao cabo, gere analogia *in malam partem*, seja por meio da atividade legislativa atípica, representa um grave risco de paroxismo da

---

[839] PEREIRA, J. R. G.; GONÇALVES, G. A. "Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional". *Op. Cit.*, p. 143.

[840] SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira.* Belo Horizonte, Fórum, 2016, pp. 243-247.

[841] PEREIRA, J. R. G.; GONÇALVES, G. A. "Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional". *Op. Cit.*, p. 143; FERNANDES, Eric Baracho Dore. "Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o Mandado de Injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia". In: *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, n. 2, 2014, p. 71. A autora portuguesa Maria da Conceição Ferreira da Cunha, em obra seminal sobre os mandados constitucionais de criminalização, defende que diante de um caso em que a tutela penal é "um princípio constitucional vinculativo", o Tribunal Constitucional poderia impor ao legislador a criminalização, mas que tal imposição não poderia ser estabelecida "em termos precisos", como a moldura penal, o tipo de pena, etc., que seriam tarefas reservas exclusivamente ao legislador (CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, pp. 429-430). Em sentido oposto, entretanto, Diogo Silva e Alexandre Bahia fazem referência aos tratados internacionais pelos quais o Brasil se comprometeu a combater e punir todas as formas de discriminação, inclusive a homofobia e a transfobia, de tal maneira que, de acordo com os autores, não se poderia falar *in casu* em "reserva legal". (SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. "Necessidade de se criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias". In: *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 2, 2015, p. 201).

[842] Por outro lado, Jane Reis e Gabriel Gonçalves sugerem a possibilidade do reconhecimento de um "estado de coisas inconstitucional" no tocante à homofobia e à transfobia no Brasil, o que permitiria ao STF impor aos poderes públicos outras e variadas medidas para o enfrentamento do problema. Esta solução, por outro lado, demandaria a conversão da ADO em ADPF (PEREIRA, J. R. G.; GONÇALVES, G. A. "Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional". *Op. Cit.*, p. 144)

jurisdição constitucional. Não é preciso uma argumentação *ad terrorem* para perceber que a possibilidade de o Judiciário prever novas hipóteses de punição criminal gera constrangimentos incontornáveis ao Estado Democrático de Direito.

Dentro desta lógica, a possibilidade de que durante o julgamento os Ministros revelem-se pessoalmente favoráveis à oportunidade da criminalização, mas concluam pela improcedência das ações em razão da limitação constitucional da legalidade penal, serviria para demonstrar que embora o Direito e a lógica jurídica não sejam os únicos fatores a influenciar a decisão judicial, ainda assim representam um componente que não pode ser desconsiderado e pode muitas vezes decidir o desfecho de uma ação.

Na experiência comparada, pode-se citar a sentença C-798/2008, em que a Corte Constitucional da Colômbia enfrentou dificuldades semelhantes às do caso sob análise. O julgamento envolvia a obrigação de prestar alimentos pelo companheiro homossexual, já que na Colômbia o descumprimento desta obrigação é crime previsto no art. 233 do Código Penal ("desassistência alimentar"). O tipo penal, entretanto, faz referência expressa a ser aplicável somente a casais formados por homem e mulher, de tal forma que a sua aplicação a um casal homoafetivo resultaria em analogia *in malam partem.* A Corte, por maioria, concluiu que o dispositivo resultava em proteção deficiente, devendo ser entendido como aplicável também a casais homossexuais, a partir do entendimento de que estes seriam equiparáveis às uniões maritais de fato no tocante às obrigações patrimoniais, formulada na C-075/2007, e da necessidade de aplicação do teste estrito de proporcionalidade para discriminações em razão da orientação sexual ser um critério suspeito, de acordo com a jurisprudência da Corte. O foco do acórdão foi justamente a relevância e função dos alimentos e a vedação da proteção deficiente, tendo a fundamentação passado ao largo da discussão penal. Todavia, houve três votos vencidos[843] que entendiam pela impossibilidade da alteração de um tipo penal mediante a manipulação de seus elementos estruturais por meio de sentenças aditivas ou condicionadas, destacando, ainda, que quando se estabelecesse uma omissão parcial em um tipo penal, resultante de uma violação à isonomia, a única solução possível seria um apelo ao legislador.

Outra circunstância que merece referência, embora dados os limites do presente estudo o tema não possa ser aprofundado, diz respeito à possibilidade de entender que o conceito jurídico-criminal de "racismo" já englobaria a homofobia e a transfobia, a partir da leitura que

[843] Um dos votos vencidos foi do magistrado Jaime Araújo Renteria, que criticava duramente a limitação da jurisprudência da Corte Constitucional até então na tutela dos casais homoafetivos enquanto unidades familiares.

o STF lhe deu no HC nº 82.424 ("Caso Ellwanger")[844]. Com efeito, é verdade que neste importante precedente o tribunal rechaçou a ideia de "raça" como um conceito ontológico-biológico, entendendo-a como uma categoria político-social, histórica e culturalmente manejada para oprimir determinados grupos sociais, como os judeus. Essa interpretação foi objeto de celebração na doutrina[845]. Por outro lado, entender que o racismo é uma categoria sócio-cultural não significa necessariamente dizer que ele admite qualquer conteúdo, i.e., que qualquer tipo de discriminação seria racismo. Neste sentido, o entendimento de que a ideia de racismo construída no "caso Ellwanger" englobaria desde já a homofobia e a transfobia levaria a conclusão de que qualquer discriminação seria racismo, e que, portanto, qualquer crime movido por preconceito e discriminação poderia ser considerado imprescritível[846].

Por outro lado, deve ser destacado que não deve causar estranhamento o pedido pela criminalização direta pelo STF por parte do movimento LGBT, na medida em que a arena judicial representa apenas mais um caminho institucional de pressão e promoção de sua agenda. A lealdade do movimento é, em última análise, com a sua agenda e a sua luta, e não com as fórmulas institucionais normativas. Os diferentes ramos do Estado, neste sentido, representam tão somente distintos canais estratégicos para a consecução das suas demandas. Por outro lado, os pareceres da PGR pelo provimento das ações com efeitos concretos devem servir de alerta em relação ao grave risco de que os juízes venham a se sentir legitimados a estabelecer criminalizações alegando proteção deficiente de determinado grupo ou bem jurídico. Evidentemente, as preocupações normativo-institucionais da PGR estão adstritas a uma lógica

---

844 "Em defesa dessa ideia: nessa medida, o grupo LGBT, formado por aqueles que têm orientação sexual e/ou identidade de gênero diversas do heterossexismo, constituem um grupo 'racial' vulnerável, já que a heterossexualidade seria a única opção aceitável, gerando discriminações e intolerância para a minoria. Dessa forma, e considerando que o comando normativo do art. 5º, XLII da CF/88 é um mandamento de criminalização para os Poderes Públicos, é imperioso que o Poder Legislativo edite normas criminalizando a homofobia e a transfobia" (SILVA, D. B.; BAHIA, A. G. M. F. "Necessidade de se criminalizar a homofobia no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 198).

845 *E.g.* LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, pp. 93 *et seq*.

846 Esta parece ser, entretanto, a conclusão da PGR no parecer dado n ADO nº 26: "Conforme destacou o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, no julgamento do habeas corpus 82.424/RS, 'limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos'.
Nesse contexto, em observância ao princípio da igualdade, os crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, abarcam as condutas homofóbicas, isto é, os atos de discriminação em virtude de orientação sexual, motivo por que o reconhecimento de sua inclusão naqueles tipos não ofende o princípio da legalidade em matéria penal. O conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito".

completamente diferente daquela dos movimentos sociais, devendo levar em consideração as limitações normativas de cada canal institucional[847].

É possível se conjecturar, ainda, se as ações não podem vir a ter um resultado positivo para a demanda da criminalização independente da sua promoção direta pela via judicial. A eventual declaração de mora do legislador, com o consequente apelo, ou mesmo declarações de impacto no julgamento podem ter um fator simbólico importante[848], legitimando esta bandeira perante a opinião pública e os outros atores institucionais e aumentando a pressão sobre o legislador. Com efeito, os benefícios "extra-processuais" de uma ação ou decisão podem ser um fator estrategicamente relevante.

Neste sentido, é interessante destacar que um dos argumentos mais levantados pelos defensores da criminalização é justamente o nível de violência que atinge pessoas LGBT[849]. Abstraindo-se o debate se a criminalização da homofobia é uma estratégia eficiente para este enfrentamento, fato é que a violência homofóbica não se encontra refletida na jurisprudência dos tribunais superiores. Thiago Coacci, em pesquisa que analisou os acórdãos produzidos pelo STF e pelo STJ envolvendo o tema da homossexualidade entre 1989 e 2012, destaca que apenas quatro ações tiveram natureza penal, e que apenas um caso tratava especificamente de discriminação homofóbica[850]. Para o autor, este processo de invisibilização está relacionado, dentre outros fatores, à falta de criminalização específica, que impede a violência e discriminação que pessoas LGBT sofrem seja objeto de processamento pelas instâncias jurídico-penais e quiçá chegar aos tribunais superiores[851]. Neste sentido, é possível se defender que o mero debate no STF, qualquer que seja o resultado, pode ter um efeito extra-processual

---

[847] Não por acaso, em artigo publicado no site *Consultor Jurídico*, e subscrito por uma plêiade de juristas, se criticou intensamente o parecer da PGR no mandado de injunção, destacando, dentre outras razões, o princípio de legalidade estrita no direito penal e os riscos do avanço de um direito penal simbólico como panaceia na defesa de direitos das minorias. (CLÈVE, Clemerson Merlin, *et al.* Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. *Consultor Jurídico*. Publicado em 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 11 out. 2016).

[848] Neste sentido, cabe relembrar que o ex-Ministro Ayres Britto, em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo logo após a decisão acerca das uniões homoafetivas, da qual foi relator, ao declarar-se favorável à criminalização da homofobia, destacou que: "O homofóbico exacerba tanto o seu preconceito que o faz chafurdar no lamaçal do ódio. E o fato é que os crimes de ódio estão a meio palmo dos crimes de sangue" (BRITTO, Carlos Ayres. 2011. "Entrevista da 2ª". *Folha de São Paulo*. Cotidiano, São Paulo, 04.07.2011). Uma declaração deste calibre, feita durante um julgamento, ainda que pela improcedência, poderia vir a energizar um movimento de busca pela criminalização junto ao Poder Legislativo.

[849] VECCHIATTI, P. R. I. "Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia". *Op. Cit*.

[850] Trata-se do HC 219.101, cujo paciente era um militar lotado no Forte de Copacabana acusado de tentativa de assassinato de um jovem homossexual no Parque Garota de Ipanema, no Rio de Janeiro, após à Parada LGBT de 2010, episódio que obteve atenção midiática à época. Além de ser a única decisão no período analisado a envolver um caso de violência homofóbica, o julgamento é importante também na medida em que o STJ expressamente declarou que a homofobia é qualificadora para o crime de homicídio por ser um "motivo torpe".

[851] COACCI, T. Do Homossexualismo à Homoafetividade. *Op. Cit.*, p. 34.

positivo, aumentando a saliência em torno do tema não apenas da criminalização da homofobia, mas também da própria violência homofóbica[852].

[852] Assim, é interessante notar a forma pela qual o tema da violência homofóbica é retratado pela mídia: "compreende-se que a maioria dos casos relatados pela mídia é de pessoas de média e baixa renda, moradores das periferias das grandes e médias cidades brasileiras, mais vulneráveis à falta de segurança pública. Além disso, os dados demonstram que a mídia tem privilegiado noticiar as violações contra dois grupos muito específicos: 1) travestis e transexuais quando se encontram em situação de prostituição de rua e 2) homens gays, quando estes são vitimizados por circunstância do exercício de sua (homo)sexualidade. Se a mídia tem associado a violência contra travestis ao tráfico de drogas e aos perigos supostamente inerentes da prostituição na rua, aos homens gays, ela tem atribuído como causas possíveis de sua própria condição de vítima a sua suposta promiscuidade com rapazes desconhecidos" (SECRETARIA Especial de Direitos Humanos. *Relatório de Violência Homofóbica no Brasil. Op. Cit.* p. 77).

5. CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS LGBT

No capítulo anterior, analisamos as questões envolvendo direitos LGBT submetidas à jurisdição do STF, bem como as duas decisões já proferidas no tema. Em ambos os casos, o ordenamento normativo prevê a produção de efeitos jurídicos concretos. Assim, por exemplo, em razão do julgamento acerca das uniões estáveis, e de acordo com as regras quanto aos efeitos das decisões em sede de controle abstrato, casais do mesmo sexo em todo o Brasil passaram a fruir do direito a serem reconhecidos como entidades familiares. De maneira mais sutil, o ordenamento jurídico prevê algumas consequências mesmo nos casos em que ainda não houve decisão, seja de mérito, seja liminar; assim, por exemplo, o reconhecimento da repercussão geral em sede de recurso extraordinário tem o condão de suspender a tramitação dos demais processos relativos aquele tema que tramitem em todo o território nacional (art. 1.035, §5º do CPC). Tratam-se de consequências jurídicas e esperadas da judicialização junto ao STF.

No presente capítulo, entretanto, serão analisadas outras consequências deste processo, que poderiam ser caracterizadas como indiretas, "extra-processuais" ou "extra-jurídicas". Neste sentido, a esfera judicial não se encontra apartada e insulada do resto da sociedade, e as decisões tomadas por juízes e tribunais geram repercussões e reações em outros âmbitos da vida social. Com efeito, uma primeira consequência política da judicialização – ou antes, da juridicização – enquanto estratégia de reinvindicação são as consequências internas aos próprios movimentos e as negociações que implica na formulação de suas demandas, que já foram objeto de análise no primeiro capítulo. Serão analisadas no seguimento, então, duas outras consequências ou efeitos extra-jurídicos da judicialização: os efeitos produzidos relativamente ao debate público sobre um determinado tema, especialmente se a judicialização pode de aumentar a saliência de um determinado tópico na agenda pública e modificar a opinião pública no tema; e o *backlash* produzido pela resposta positiva do STF no tocante aos direitos LGBT. Dentro deste segundo ponto, será apresentada a organização e a atuação da chamada "bancada evangélica" no legislativo federal, bem como os seus principais projetos de reação aos direitos LGBT e ao "ativismo judicial", com vistas a retratar como o fortalecimento do conservadorismo no Congresso acabou levando o movimento LGBT a canalizar suas energias e esperanças junto ao Judiciário.

5.1. Efeitos da judicialização junto ao STF para o debate público

No capítulo anterior, verificou-se que a opinião pública exerce um papel de constrangimento em relação as possibilidades decisórias do STF, aumentando o custo político-institucional das decisões que se afastem de uma determinada margem de aprovação social. Desta forma, a visão da sociedade de maneira geral, bem como a de determinadas audiências especiais, exerce uma influência sobre a atuação da Corte. Na presente seção será analisado o processo inverso, ou seja, a influência que a atuação do STF exerce sobre o debate público. Tal análise será feita por meio de duas indagações relacionadas. Em primeiro lugar, se a judicialização de uma determinada bandeira LGBT junto ao STF é capaz de aumentar a saliência do tema no debate público, produzindo uma discussão mais ampla na sociedade, para além dos limites do processo. Em segundo lugar, se a judicialização e, principalmente, uma decisão positiva, é capaz de alterar a opinião pública, aumentando o apoio popular no sentido da posição do tribunal.

As respostas a estas questões, entretanto, dificilmente podem ser dadas de maneira conclusiva, na medida em que é praticamente impossível isolar um componente ou fator para sua análise individualizada em processos sociais complexos, submetidos a uma miríade de variáveis, de maneira que em grande parte somente suposições ou tendências gerais podem ser formuladas e verificadas[853]. Além disso, um estudo mais satisfatório requereria também uma maior riqueza de e dados estatísticos e estudos empíricos em relação à atuação do STF, que não é tradicional no Brasil[854].

Conforme analisado na introdução, o processo de judicialização da política aumentou sensivelmente a relevância política do STF e a importância dos temas que ele decide, o que se reflete no crescimento do interesse social acerca dos seus julgamentos. Neste sentido, a inclusão de um dado tema na pauta decisória do Supremo e, principalmente, o seu julgamento, aumentariam a proeminência da questão junto ao debate público. Corroborando esta hipótese, é possível se verificar um interesse da mídia quanto à atuação do STF cada vez maior e uma

---

[853] Assim, "qualquer estudo sobre a resposta popular a decisões da Corte enfrenta um difícil problema estrutural. Se compararmos a opinião antes da decisão com a opinião após, como é possível saber se as mudanças verificadas são produto da decisão da Corte e não de outra coisa qualquer?" ("*any study of public response to Court decisions faces a difficult design problem. If we compare opinion before the ruling with opinion after, how do we know that changes we find are due to the Court's ruling rather than something else?*; FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. "Republican schoolmaster: the U.S. Supreme Court, public opinion, and abortion". In: *American Political Science Review*, v. 83, n. 3, 1989, p. 754).

[854] NOVELINO, M. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". *Op. Cit*, p. 302. O cenário, entretanto, vem se modificando em função, por exemplo, o projeto "Supremo em Número", referido na nota de rodapé nº 50.

crescente cobertura jornalística dos seus julgamentos[855]. Assim, por exemplo, pesquisa no site do jornal *Folha de São Paulo*[856] demonstrou um crescimento significativo, ainda que não linear, no número de matérias com o termo "STF" ao longo dos anos[857]. Embora trate-se de uma análise bastante rudimentar, sem qualquer consideração acerca do conteúdo dos artigos e reportagens, é expressivo, por exemplo, que o número total somado de matérias com menção ao STF entre 1994 e 1999 seja menor que aquele verificado individualmente nos anos de 2012 ou 2013, quando ocorreu o julgamento da ação penal nº 470 ("mensalão")[858].

Deve ser destacado, inicialmente, que um número muito reduzido de pessoas, restrito quase exclusivamente aos profissionais do direito, acessam diretamente as discussões travadas junto ao tribunal, acompanhando as sessões de julgamento ou lendo decisões. A maioria do público entra em contato indiretamente com a atuação do STF por meio da mediação de agentes informativos, principalmente a imprensa[859]. Este processo decorre de uma série de fatores; assim, por exemplo, o Direito, conforme analisado no primeiro capítulo, possui uma linguagem própria, hermética à maioria das pessoas; de tal forma que os jornais precisam realizar uma função não apenas informativa, mas também de tradução, tornando os julgamentos do STF inteligíveis para o público em geral[860]. Por outro lado, é virtualmente impossível o acompanhamento direto da integralidade dos trabalhos do STF, de maneira que a mídia exerce o trabalho de filtrar os casos que seriam mais relevantes.

Este processo, por outro lado, guarda dificuldades, uma vez que não é apenas a agenda do STF que dita a agenda da mídia, mas também processo inverso, isto é, os interesses da mídia influenciam a pauta decisória do Tribunal ou mesmo o resultado dos julgamentos[861]. Ademais,

---

[855] FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. "O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo Protagonista". In: *Lua Nova*, 88, 2013, pp. 429-430; BORGES, Fernanda da Silva; ROMANELLI, Sandro Ballande. "Supremo espetáculo: aproximações sobre as imagens públicas do STF". In: *Mediações*, v. 21, n. 1, 2016, pp. 204-205.

[856] A Folha de São Paulo é o jornal brasileiro com maior circulação no formato digital e o terceiro no formato impresso, segundo dados da Associação Nacional de Jornais, além de ser um dos veículos mais tradicionais do Brasil, ao lado d'O Globo, Estado de São Paulo, Correio Braziliense, entre outros. Neste sentido, a sua cobertura pode ser considerada representativa da discussão jornalística nacional. Ademais, a ferramenta de pesquisa do site da Folha é a única dentre as dos veículos citados que permite depurar os resultados por ano.

[857] 1994: 845 registros; 1995: 639 registros; 1996: 640 registros; 1997: 1.579 registros; 1998: 373 registros; 1999: 562 registros; 2000: 1.781 registros; 2001: 2.380 registros; 2002: 1.712 registros; 2003: 2.069 registros; 2004: 1.805 registros; 2005: 2.138 registros; 2006: 2.361 registros; 2007: 3.581 registros; 2008: 4.413 registros; 2009: 4.420 registros; 2010: 2.436 registros; 2011: 2.883 registros; 2012: 5.993 registros; 2013: 5.070 registros; 2014: 3.479 registros; e 2015: 3.952 registros.

[858] Não por acaso Novelino se refere a 2012 como o "ano pop" do STF (NOVELINO, M. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". *Op. Cit*, p. 266). Sobre o impacto deste caso na relação entre o tribunal e a imprensa, vide MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF. Op. Cit,*. pp. 360-368.

[859] *Ibidem*, p. 355

[860] BORGES, F. S.; ROMANELLI, S. B. "Supremo espetáculo". *Op. Cit.*, p. 213.

[861] Talvez o melhor exemplo dessa circunstância tenha sido a repercussão em torno do "voto de Minerva" do decano Celso de Mello quanto à admissibilidade dos embargos infringentes que permitiriam a rediscussão de

a cobertura da mídia determina a saliência de um caso ou decisão, atuando como uma condicionante em relação ao conhecimento do público acerca de uma determinada decisão do STF e, desta forma, da própria possibilidade de reação popular a esta[862]. Com efeito, a maioria dos julgamentos não tem qualquer impacto sobre a opinião pública na medida em que não recebem atenção da imprensa[863].

Algumas práticas e características institucionais do STF favorecem uma maior exposição da instituição – e consequentemente dos temas que debate – na mídia. A mais relevante destas é a criação da TV Justiça em 2002, com a transmissão ao vivo pela televisão – e mais recentemente também pela internet –dos julgamentos do pleno do Tribunal, o que reforçou exponencialmente a circunstância de que as deliberações conduzidas pelo órgão ocorrem publicamente[864]. Por outro lado, a dinâmica do processo judicial, em que existe um número relativamente pequeno de participantes e há a necessidade de apresentação de argumentos convincentes, torna a discussão relativamente mais organizada e apreensível do que, por exemplo, o debate parlamentar, o que favorece a construção da narrativa jornalística[865]. Ademais, os Ministros do STF, aproveitando a grande liberdade para formular as pautas de julgamentos, vêm adotando como prática institucional a formulação de uma "agenda temática", incluindo – e excluindo – da pauta processos em função do momento político e social, dando prioridade aos casos em que há maior expectativa e demanda da opinião pública[866]. Finalmente, deve-se destacar a prática recorrente de os Ministros "falarem fora dos autos", concedendo

algumas condenações na Ação Penal nº 470 ("mensalão"), em setembro de 2012. A discussão acerca de uma tecnicalidade processual penal transformou-se numa questão central da discussão jornalística a época (MELLO, P. P. C. *Nos Bastidores do STF*. *Op. Cit*. pp. 364-367; BORGES, F. S.; ROMANELLI, S. B. "Supremo espetáculo". *Op. Cit.*, pp. 217-218)

[862] STOUTENBOROUGH, James W.; HAIDER-MARKEL, Donald P.; ALLEN, Mahalley D. "Reassessing the impact of Supreme Court decisions on public opinion: gay civil rights cases". In: *Political Research Quartely*, v. 59, n. 3, 2006, p. 420.

[863] FRANKLIN, C. H.; KOSAKI, L. C. "Republican schoolmaster". *Op. Cit.*, p. 767; NOVELINO, M. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". *Op. Cit*, pp. 289-290.

[864] FALCÃO, J.; OLIVEIRA, F. L. "O STF e a agenda pública nacional", *Op. Cit.*, pp. 439 *et seq*. A transmissão ao vivo dos julgamentos, por outro lado, é objeto de críticas por alguns autores, seja pelos impactos negativos para a deliberação da corte (menos discussão entre os ministros, incentivo à preparação prévia de todos os votos, etc.), seja por não se traduzir necessariamente em ganhos efetivos de legitimidade e transparência. Neste sentido, Borges e Romanelli, criticando a "espetacularização do Supremo", entendem que a sua "super-exposição midiática" teria transformado os ministros em "atores da teledramaturgia jurídica" (BORGES, F. S.; ROMANELLI, S. B. "Supremo espetáculo". *Op. Cit.*, p. 208)

[865] LEACHMAN, G. M. "From protest to Perry". *Op. Cit*., pp. 1700-1702.

[866] FALCÃO, J.; OLIVEIRA, F. L. "O STF e a agenda pública nacional". *Op. Cit.*, pp. 444-455. Um caso recente que demonstra bem essa preocupação do tribunal em alinhar a sua agenda decisória com o *timing* político foi a inclusão em pauta do MS nº 22972, impetrado em 1997, que trata da possibilidade de adoção do parlamentarismo no Brasil, quando esta discussão ganhou alguma força no Congresso no início de 2016.

entrevistas e comentando casos julgados ou a serem decididos pelo Tribunal, ou ainda dando sua opinião sobre os mais variados temas que estejam na ordem do dia[867].

Por outro lado, apesar do indubitável crescimento da importância e visibilidade do STF, este processo não deve ser superdimensionado. Assim, pesquisa realizada por Falcão e Oliveira buscou aferir o conhecimento da população sobre o STF, verificando que, embora uma percentagem relevante dos entrevistados tenha declarado "conhecer ou ter ouvido falar" do Tribunal (69%), os resultados apresentavam uma variação acentuada em razão das variáveis escolaridade, renda e gênero, tendo os mais ricos, os mais escolarizados e os homens declarado em índices expressivamente mais elevados conhecê-lo[868]. Ademais, dentro do universo de pessoas que declararam conhecer o órgão, o número de entrevistados com menor renda, com menor escolaridade e mulheres que não souberam citar ao menos uma função do STF ("o que o ele faz") é significativamente maior do que entre os entrevistados com mais instrução, mais renda e homens[869]. Estes dados indicam que, na verdade, a visibilidade e impacto público do STF talvez não sejam tão expressivos como parecem fazer crer os juristas, permanecendo a instituição um "ilustre desconhecido" para uma parcela expressiva da população.

Uma segunda pesquisa realizada por Falcão e Oliveira no Rio de Janeiro e em São Paulo no início de 2012 perguntou aos entrevistados se eles haviam visto alguma "notícia sobre a justiça" que havia "chamado a sua atenção" nos últimos meses. O caso mais citado por aqueles que responderam positivamente foi justamente o julgamento das uniões homoafetivas, seguido da extradição de Cesare Batistti (Ext. nº 1085) e da marcha da maconha (ADPF nº 187). A partir destes dados, os autores concluem que a agenda pública brasileira no tocante ao Poder Judiciário é ditada preponderantemente pelo STF, bem como pelo grau de interesse da imprensa, na medida em que os três casos citados foram justamente aqueles com maior cobertura jornalística[870].

---

[867] *Ibidem*, pp. 437-436; ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "O Supremo Individual". *Op. Cit.*, pp. 129 *et seq.*.

[868] Assim, o percentual de entrevistados que disseram "conhecer ou ter ouvido falar" do STF com escolaridade alta era de 94%, escolaridade média 77% e escolaridade baixa 58%; com renda alta 100%, renda média 80% e renda baixa 60%; e 74% entre os homens e 65% entre as mulheres (*Ibidem*, p. 448).

[869] As diferentes funções do STF – "o que ele faz" – foram categorizadas em três grupos: controle/fiscalização do Legislativo e do Executivo; última instância do judiciário e controle de constitucionalidade das leis, tendo as respostas abertas dos entrevistados sido encaixadas em uma ou mais dessas funções. O número de entrevistados total que não soube citar ao menos uma dessas funções foi de 56%, sendo o índice de 65% entre pessoas com escolaridade baixa, 54% com escolaridade média e 29% com escolaridade alta; 65% com renda baixa, 47% com renda média, tendo todos os entrevistados com renda alta sido capazes de mencionar ao menos uma função; e de 46% entre os homens e 63% entre as mulheres (*Ibidem*, pp. 449-450).

[870] *Ibidem*, pp. 454-456.

Diante deste quadro, a saliência da atuação do STF deve ser colocada sob perspectiva, na medida em que apenas uma parcela do público efetivamente a acompanha, vem como somente pequena parte desta atuação ganha cobertura relevante. Significa dizer, a judicialização dos direitos LGBT junto ao STF possui um potencial relativamente limitado de inscrever o tema junto à agenda pública de forma ampla. Embora a maioria das questões atinentes aos direitos LGBT sejam razoavelmente polêmicas, de tal maneira que o risco de desinteresse da mídia – e consequente falta de cobertura do julgamento e ignorância do público – seja mitigado, deve-se levar em consideração que esta cobertura tem alcance limitado. Como visto, as pessoas com maior renda e maior escolaridade em média têm um maior conhecimento sobre o STF, o que permite inferir que acompanhem mais ativamente as reportagens sobre os seus julgamentos. Significa dizer, em suma, que judicializar um tema junto ao Tribunal significa colocá-lo em debate junto a esta parcela da população.

Em que pese estas considerações, tal circunstância não infirma o fato de que a judicialização e, principalmente, o julgamento de uma questão pelo STF detém o condão de ampliar o interessa da mídia em torno do tema. Assim, por exemplo, pesquisando no site do jornal *Folha de São Paulo* com as chaves "parceria civil", "casamento gay", "casamento homossexual" e "união homoafetiva", foram localizadas apenas 265 matérias com referência a qualquer um dos termos no intervalo de oito anos entre 1995, ano da propositura do projeto de lei regulando a "parceria civil" por Marta Suplicy, e 2002. Nos anos seguintes, o assunto ganhou mais destaque no jornal: no intervalo de quatro anos entre 2003 e 2006 foram publicadas 563 matérias, e entre 2007 e 2010 foram 656 matérias. A quantidade de resultados, entretanto, explodiu a partir de 2011, ano da decisão do STF sobre as uniões homoafetivas, e, principalmente, em 2013, ano da edição da resolução do CNJ regulando o casamento gay: em 2011 foram 266 matérias, em 2012 foram 345 e em 2013 foram 651; o número permaneceu elevado em 2014 e 2015, com 356 e 248 resultados, respectivamente. Embora uma série de outros fatores possam ter influenciado o aumento do tratamento jornalístico da temática, como os avanços em outros países ou a representação de homossexuais na mídia, por exemplo, em telenovelas, parece intuitivo estabelecer uma relação entre a atuação do STF e este aumento, inclusive pelo julgamento ser ele próprio um fato jornalístico importante. Neste mesmo sentido, a "ampla repercussão na mídia [do julgamento] tirou o tema das uniões entre pessoas do mesmo sexo do âmbito da privacidade humana e o pôs no espaço público das conversas cotidianas"[871].

[871] SILVA, José Josemir Domingos da. *Do armário ao Altar*: a constituição do sujeito Homoafetivo nos jogos de verdade do discurso midiático. 2014. 218 f. Tese (Doutorado em Linguística) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, p. 166.

Por outro lado, a judicialização das demandas LGBT no Brasil não parece vir acompanhada com uma estratégia consciente de promover e direcionar a repercussão midiática, aumentando o debate público em torno do tema. Uma atuação neste sentido, por exemplo, poderia não apenas ter impactos independentemente da atuação do STF, como inclusive pressioná-lo a incluir um caso em pauta e decidí-lo de determinada maneira. O caso argentino de litigância em torno do casamento entre pessoas do mesmo sexo analisado anteriormente fornece um exemplo interessante desta possibilidade, na medida em que as ações de amparo foram construídas de forma a atender duas estratégias simultaneamente distintas: uma judicial propriamente dita e outra "extra-judicial", em relação ao efeito que teriam na promoção do debate público sobre o tema e na pressão sobre o Congresso.

Um papel importante exercido pela mídia no caso das uniões homoafetivas foi o de conferir "carne e osso" ao julgamento. Como visto, os movimentos LGBT estadunidense e argentino utilizaram estrategicamente as histórias de vida dos autores para angariar apoio aos processos, humanizando a discussão ao revelar os sofrimentos e problemas concretos pelos quais passavam as pessoas cujas relações não eram reconhecidas pela lei. Na ausência direta desta dimensão no julgamento do STF, uma vez que este ocorreu em sede de controle abstrato, coube a imprensa trazer as "histórias de interesse humano" em torno da discussão aptas a sensibilizar o público sobre o tema.

Deve-se destacar, por outro lado, que é difícil mensurar o impacto da judicialização dos direitos LGBT sobre o debate público para além da questão dos direitos das famílias homoafetivas, na medida em que a maioria dos temas submetidos ao STF ainda não foi objeto de nenhuma decisão relevante, e, portanto, receberam parca cobertura jornalística, e o único outro tema definitivamente decidido – acerca da recepção do crime militar de pederastia – detinha limitado interesse e impacto públicos[872].

Passando à análise do segundo ponto de discussão, isto é, a possibilidade de a atuação do STF modificar a opinião pública, alinhando-a com o seu entendimento, destaca-se que no debate americano uma série de autores defendem que a decisão da Suprema Corte conferiria legitimidade à posição judicialmente adotada, o que favoreceria a mudança da opinião pública neste mesmo sentido[873]. Uma visão já superada sobre esta circunstância é a de que o público

[872] Assim, pesquisa no site do jornal *Folha de São Paulo* com as chaves de pesquisa "código penal militar" e "pederastia" resultou em apenas 19 resultados publicados entre 1997 e 2015, com apenas dois deles fazendo referência ao julgamento da ADPF nº 291.
[873] FRANKLIN, C. H.; KOSAKI, L. C. "Republican schoolmaster". *Op. Cit*, p. 752.

esperaria das elites políticas confirmação ou refutação de sua visão sobre um dado tema[874], de forma que a Suprema Corte "ensinaria" a posição correta sobre aquela questão[875]. Embora não se deva adotar uma visão tão exagerada ou incondicionada sobre o tema, a influência transformativa da atuação judicial na opinião pública também não deve ser descartada.

Assim, parece razoável supor que as decisões adotadas pela Suprema Corte, em razão da sua credibilidade institucional – decorrente, por exemplo, do seu "apoio difuso" – confiram certa legitimidade aos pontos de vista por ela acolhidos[876]. Soma-se a isso o potencial legitimador do próprio discurso judicial de maneira geral, uma vez que o Judiciário detém o poder de determinar de maneira autoritativa quem "está certo" diante do enfrentamento entre posições antagônicas[877]. O entendimento do STF sobre um dado tema, não por acaso, é tradicionalmente descrito como a "última palavra", expressão que pode ser tomada não apenas no sentido de "encerrar a discussão"[878], mas também como a de ser a palavra "superior", "mais valiosa" ou "mais correta". Ademais, a própria liturgia envolvida nos trabalhos dos tribunais, inclusive os "poderosos símbolos da legitimidade judicial", como as vestes e formas de

---

[874] STOUTENBOROUGH, J. W.; HAIDER-MARKEL, D. P.; ALLEN, M. D. "Reassessing the impact of Supreme Court decisions on public opinion". *Op. Cit.*, p. 420.

[875] Neste sentido, na aurora do experimento americano, uma das primeiras funções sociais que se defendeu os *Justices* deveriam exercer seria a de "professores republicanos" ("*republican schoolmasters*"), instruindo o povo acerca do "bom comportamento republicano" por meio de explicações sobre o Direito e adoção de padrões moralmente elevados (FRANKLIN, C. H.; KOSAKI, L. C. "Republican schoolmaster". *Op. Cit,* pp. 751-752).

[876] NOVELINO, M. "A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF". *Op. Cit*, p. 301. Em sentido semelhante: "quando consolidados através da lógica professional do raciocínio jurídico, entendimentos dos ideais nacionais anteriormente disputados recebem apoio oficial e cumprimento por aqueles que se sentem obrigados a obedecer a lei. Eles se tornam guias para a organização jurídica da sociedade, exercendo enorme poder simbólico e definindo inúmeros negócios jurídicos" ("*When entrenched through the professional logic of legal reason, otherwise contested understandings of the nation's ideals receive official endorsement and application by those who feel obligated to obey the law. They become guides for the juridical organization of society, wielding enormous symbolic power and shaping the social meaning of innumerable nonlegal transactions*"; POST, Robert. SIEGEL, Reva. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash". In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131, p. 380)

[877] Assim: "o Judiciário é um importante ator nesta disputa [pelos direitos das pessoas LGBTQ], uma vez que os juízes têm a autoridade para 'legitimar' uma definição ou outra de família, e, portanto, para reconhecer ou não os direitos das pessoas LGBTQ. Juízes impõe identidades que tem consequências práticas e simbólicas. O tipo de família reconhecido pelo direito tem uma legitimidade que o colocar como a regra em face da qual outros arranjos familiares são avaliados" ("*The judicial power is an important stakeholder in this dispute, because judges have the authority to 'legitimize' one definition of family or another, and therefore, to recognize, or not the rights of LGBTQ persons. Judges impose identities that have symbolic and practical consequences. The type of family recognized by law has a legitimacy that sets it up as the rule against which other family arrangements are measured*; VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". *Op. Cit*, p. 261).

[878] Embora tradicional neste sentido, a noção é objeto de críticas, seja do ponto de vista descritivo, na medida em que uma decisão pode desencadear intensa reação contrária, conforme será visto na seção seguinte, e até mesmo acabar revista; seja do de vista prescritivo, uma vez que não é adequado conferir a prerrogativa de dizer definitivamente a Constituição a um único intérprete. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. "Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial". In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, pp. 139 *et seq*.)

tratamento, servem para colocar o discurso judicial num patamar diferenciado[879]. Neste sentido, "o discurso de autoridade conferido ao Supremo Tribunal Federal instituiu no interior do dispositivo da sexualidade um saber legítimo acerca das uniões homoafetivas e dos sujeitos nelas implicados"[880] .

Além disso, este discurso de autoridade e produtor do entendimento "correto" sobre um tema foi reforçado no caso das uniões homoafetivas pelo fato de que a decisão foi unanimemente adotada, sem que houvesse outra voz dentro da corte disputando o acerto da posição, o que teve papel relevante na produção desse papel legitimador. Assim, o fato de as decisões da Suprema Corte americana sobre direitos dos homossexuais terem sido adotadas por apertadas maiorias, com a presença de mordentes votos vencidos, produziu uma mensagem de autoridade dividida ou mesmo cacofônica, com menor capacidade de produzir efeitos sobre a opinião do público[881].

Por outro lado, esse "efeito legitimador" da posição adotada pelo tribunal junto ao debate público recobre não apenas os entendimentos favoráveis aos direitos LGBT, mas também os contrários, representando um risco diante da possibilidade de decisões contrárias. Assim, destaca-se a hesitação do movimento LGBT americano levar a uma Suprema Corte conservadora a discussão sobre o casamento gay.

Ademais, a autoridade do discurso judicial pode trazer ganhos positivos para a defesa e promoção de uma dada demanda independentes do resultado judicial concreto. Conforme debatido no capítulo anterior, por exemplo, um eventual voto nas ações sobre a criminalização da homofobia que entenda pela impossibilidade da sua adoção pela via judicial, mas defenda o mérito da proposta, destacando as situações de preconceito e discriminação sofridas por pessoas LGBT, pode energizar a atuação junto ao legislativo e aumentar o ônus argumentativo dos opositores da medida. Mais ainda, a própria fala "não judicial" dos Ministros, em suas habituais incursões junto à imprensa pode ter um impacto nesse sentido, como, por exemplo, a defesa pelo então Ministro Ayres Britto da criminalização da homofobia em entrevista à *Folha de São Paulo*[882].

---

[879] GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. "Knowing the Supreme Court?: a reconsideration of public ignorance of the high court". In: *The Journal of Politics*, v. 71, n. 2, 2009, p. 437.
[880] SILVA, J. J. D. "Do armário ao altar". *Op. Cit.*, p. 167.
[881] STOUTENBOROUGH, J. W.; HAIDER-MARKEL, D. P.; ALLEN, M. D. "Reassessing the impact of Supreme Court decisions on public opinion". *Op. Cit.*, p. 422. Os autores defendem que no seguimento à decisão em *Lawrence v. Texas* (2003), que declarou inconstitucional a criminalização da sodomia, a cobertura da mídia, que deu amplo destaco ao voto dissidente do *Justice* Scalia, teria sido responsável em parte pelo aumento momentâneo da oposição em relação à legalização de atos homossexuais junto à opiniao pública (*Ibidem*, p. 431).
[882] BRITTO, C. A. "Entrevista da 2ª". *Op. Cit.*

Por outro lado, a percepção de que o discurso judicial atua como "argumento de autoridade" numa dada direção não importa, necessariamente, na transformação da opinião pública para melhor se ajustar ao que foi decidido. Com efeito, este processo se submete a uma série de condicionantes, como o tipo de assunto está sendo debatido. Assim, Franklin e Kosaki, analisando a resposta ao julgamento *Roe v. Wade* (1973), que reconheceu o direito ao aborto nos EUA, verificaram que ao invés de a decisão aumentar o apoio geral ao direito de escolha da mulher, a mesma cristalizou preferências prévias, tornando os grupos demográficos a favor (p. ex. pessoas com ensino superior) e contrários (p. ex. católicos) mais homogêneos internamente e distintos entre si[883]. Significa dizer, a decisão produziu uma polarização das posições de apoio e de oposição. Assim, corroborando a ideia de que o público em geral acessa de forma mediada as decisões da Corte, a resposta dada por cada indivíduo seria modulada pela resposta formulada em seu contexto social por amigos, família, colegas de trabalho, igreja, etc., o que tenderia a acentuar as preferências prévias. Neste sentido, os autores advogam que nos casos de maior interesse, como questões socialmente controversas, os impactos da decisão da Suprema Corte são menos relevantes, na medida em que as pessoas costumam ter uma opinião formada de maneira mais sólida nesses temas[884]. Significa dizer, nas demandas atinentes às pessoas LGBT, por versarem sobre temas polêmicos e moralmente divisivos, é menos provável que a mera adoção de uma perspectiva favorável do STF em relação a um determinado direito tenha impacto significativo na transformação da opinião pública, ao menos para o alinhamento desta com o decidido judicialmente. É possível, pelo contrário, que a mesma produza maior polarização, produzindo intensa oposição à decisão, conforme será analisado na próxima seção.

Ademais, deve-se levar em consideração que não apenas os julgamentos do STF são acompanhados por uma parcela relativamente reduzida do público, o que importa numa mitigação do seu impacto, como esta parcela detém algumas características especificas, conforme demonstrado pela pesquisa realizada por Falcão e Oliveira. Como visto, as decisões do STF costumam ser mais acompanhadas por – e nesse sentido, ter mais impacto sobre – pessoas com maior renda e mais educação formal. Assim, se tomarmos por exemplo o caso das uniões homoafetivas, era justamente entre esses grupos que a demanda recebida maior apoio. É possível, portanto, vislumbrar no julgamento do tema pelo STF um discurso de legitimação sendo produzido para grupos que já consideravam desproporcionalmente o tema de maneira favorável. Por outro lado, a pesquisa também demonstrou que os homens detêm um

[883] FRANKLIN, C. H.; KOSAKI, L. C. "Republican schoolmaster". *Op. Cit*, p. 762
[884] *Ibidem*, p. 754.

conhecimento significativamente maior do STF do que as mulheres, ao passo que o apoio as uniões homoafetivas era superior entre mulheres do que entre homens, de maneira que o papel legitimador da atuação do STF ganharia relevo diante desta circunstância.

Diante de todo o exposto, podemos concluir que, embora judicializar uma determinada demanda LGBT junto ao STF possa produzir repercussões positivas sobre a ampliação do seu debate público e a possível transformação da opinião pública em razão do "efeito legitimador" de suas decisões, tais impactos devem ser colocados sob perspectiva, em razão da saliência relativa dos debates travados junto ao tribunal e do fato de que tais questões envolvem temas moralmente controvertidos em que as posições pessoais costumam ser mais estáveis. Além disso, é possível que outras formas de introduzir estes temas no debate público, como filmes, séries e telenovelas, produzam impactos maiores do que a atuação do STF[885].

5.2. *Backlash* e contramovimento: disputando significados constitucionais

Como vimos, os entendimentos consubstanciados nas decisões adotadas pelas Supremas Cortes possuem um "efeito legitimador" apenas relativo. Significa dizer, "quando a Corte julga casos politicamente controversos, ela pode definir o direito aplicável, mas ela não encerra debate. Ela nem converte a oposição, nem põe fim à controvérsia"[886]. Assim, a "última palavra"

[885] Têm especial importância neste campo as telenovelas, que no Brasil possuem grande penetração ao longo das diversas classes sociais, além de sistematicamente trazerem "temas de responsabilidade social" em seus enredos, como drogas, racismo, deficiência física, etc., que podem provocar um amplo debate social. Assim, é crescente a presença de personagens homossexuais nas telenovelas, retratados de maneira cada vez mais complexa e humanizada, o que permite a parcelas da sociedade que têm pouca familiaridade com o tema da diversidade sexual entrar em contato com as questões de pessoas gays e lésbicas, gerando empatia e identificação. Uma questão central é a exibição do afeto entre pessoas do mesmo sexo, normalmente retratados de forma mais pudica que os casais de sexo diferente. Um elemento definidor no tema é a "polêmica do beijo gay", gravado, mas não exibido, na novela *América* (2005). A primeira cena do tipo envolveu um beijo lésbico na novela *Amor e a Revolução* (2011-2012), do SBT, exibida apenas uma semana após o julgamento do STF sobre uniões homoafetivas. A primeira cena numa novela da Rede Globo foi no capítulo final de *Amor à Vida* (2013-2014), envolvendo o casal Félix e Niko, que havia caído nas graças do público. Em 2016, na novela de época *Liberdade, Liberdade* foi exibida a primeira cena entre dois homens com conteúdo explicitamente sexual. Outros folhetins trataram ao longo do tempo de diversos temas de interesse da comunidade LGBT, como homofobia (*Mulheres Apaixonadas*, 2003; *Insensato Coração*, 2011), casamento homossexual (*Em Família*, 2014) e adoção (*Senhora do Destino*, 2004-2005; *Babilônia*, 2015). Colling destaca que a crescente presença de personagens não-heterossexuais nas novelas da Globo, além da problemática da falta de uma vida sexual ativa, com o esmaecimento das expressoes sexuais e afetivas destas personagens em relação às heterossexuais, não busca o enfrentamento da heteronormatividade, uma vez que gays e lésbicas são retratados em modelos hegemônicos de relacionamento e família e enquadrados em performances de gênero condizentes com o esperado em razão do seu sexo (COLLING, Leandro. "Mais visíveis e mais heteronormativos: a performatividade de gênero das personagens não-heterossexuais nas telenovelas da Rede Globo". In: COLLING, Leandro; THÜRLER, Djalma (orgs.). Estudos e Políticas do CUS: grupo de pesquisa cultura e sexualidade. Salvador: Edufba, 2013, *passim*)

[886] "*When the Court rules on politically controversial cases, it may establish the law of the land, but it does not put an end to debate. It neither converts the opposition nor ends the controversy*" (FRANKLIN, C. H.; KOSAKI, L. C. "Republican schoolmaster". *Op. Cit*, p. 753). É possível perceber, portanto, que o adagio segundo o qual

do STF, por exemplo, no julgamento das uniões homoafetivas, embora tenha produzido efeitos jurídicos concretos – casais homossexuais passaram a fruir deste direito –, não pacificou o debate público; grupos contrários aos direitos de casais do mesmo sexo mantiveram ou aumentaram sua oposição e passaram a contestar a decisão. Diante deste quadro, a noção de *backlash* é invocada para retratar justamente esta reação negativa em face de uma determinada decisão judicial[887]. O *backlash* pode resultar na resistência à implementação da decisão e em medidas voltadas a sua reversão, seja pela via judicial, seja pela via legislativa, bem como por iniciativas que visem à "punição" do tribunal, atingindo seus poderes institucionais ou seus membros individuais.

Tradicionalmente, o *backlash* é encarado a partir de um ponto de visto muito negativo, como um risco à autoridade judicial e à independência do direito ou mesmo à segurança jurídica e à estabilidade social[888]. Com efeito, a visão ortodoxa do direito constitucional toma o Judiciário – e a Suprema Corte em particular – como intérprete por excelência da Constituição, capaz de arbitrar o significado do texto constitucional de maneira autoritativa e definitiva, em oposição aos demais poderes e o público em geral, que deveriam meramente aquiescer a sua leitura[889].

Em sentido contrário, Post e Siegel visam ressignificar o *backlash*, destacando que este poderia gerar efeitos positivos para a democracia e o "sentimento constitucional". Assim, a teoria do "constitucionalismo democrático" ("*democratic constitutionalism*") formulada por estes autores critica o viés juriscêntrico do entendimento tradicional[890], defendendo que a reação popular a uma decisão judicial poderia aumentar a responsividade democrática da Constituição, na medida em que o *backlash*, ao contestar a interpretação formal adotada pelo Judiciário, buscaria promover outras interpretações do texto constitucional socialmente formuladas[891]. Dentro desta lógica, a "resistência popular significa que o povo deseja que os agentes públicos apliquem a Constituição de forma a refletir o seu entendimento dos ideais constitucionais"[892]. A reação de outros poderes e instituições e do público de maneira geral a

"decisão judicial não se discute, se cumpre" não retrata verdadeiramente o que ocorre quando o Judiciário julga questões controvertidas; um efeito destas decisões é justamente produzir uma discussão social sobre o seu mérito e correção.

[887] GOMES, J. C. A. Por um constitucionalismo difuso. *Op. Cit*. p. 57.

[888] POST, R. SIEGEL, R. "Roe Rage". *Op. Cit.*, pp. 378-379.

[889] WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy*: The Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in the U.S. history. Princeton, Princeton University Press, 2007, pp. 1-3.

[890] POST, R. SIEGEL, R. "Roe Rage". *Op. Cit.*, p. 390.

[891] *Ibidem*, pp. 375-376.

[892] "*Popular resistance signifies that Americans desire officials to enforce the Constitution in ways that reflect their understanding of constitutional ideals*" (*Ibidem*, p. 379)

uma determinada decisão judicial representaria uma disputa em torno da interpretação e dos sentidos da Constituição[893]. Neste sentido, o *backlash* a uma decisão poderia promover o debate público em torno do significado do texto constitucional, promovendo saudável engajamento político e democrático[894].

Em artigo sobre "movimentos sociais baseados em identidade" (*identity-based social movements*), Eskridge visa inserir a noção de *backlash* num contexto mais amplo de movimentos que visam a transformação social e contramovimentos que visam a manutenção do *status quo.* O autor descreve analiticamente a dinâmica e os argumentos constitucionais formulados pelo contramovimento dos "valores familiares tradicionais" ("*traditional family values*") no contexto americano. Assim, a partir de conquistas engendradas pelo movimento LGBT, este contramovimento organiza uma "política de preservação" (*"politics of preservation*"), que se baseia tanto em argumentos constitucionais substanciais, como liberdade de expressão (p. ex. para garantir o *hate speech*) e igualdade (p. ex. acusando as normas protetivas de pessoas LGBT de serem "direitos especiais"), quanto formais, como federalismo e separação dos poderes, para deslegitimar o "ativismo judicial"[895]. A relação entre os movimentos baseados em identidade e seus contramovimentos adversários seria marcada pela tensão em torno do significado cultural do traço identitário em questão (p. ex. a homossexualidade): enquanto aqueles buscariam transformá-lo de um estigma negativo em uma característica neutra ou mesmo benéfica ("*gay is good*"); estes, em sentido oposto, buscariam a sua manutenção como uma característica negativa (p. ex. por meio da patologização ou do discurso do pecado) ou, quando isso não fosse mais possível, assumir que embora seja um dado neutro, o Estado não deve "promovê-lo"[896].

---

[893] Assim: "o *backlash* pode ser entendido como uma das várias práticas de contestação normativa pelas quais o público busca influenciar o conteúdo do direito constitucional" ("*backlash can be understood as one of many practices of norm contestation through which the public seeks to influence the content of constitutional law*"; *Ibidem*, pp. 382-383)

[894] *Ibidem*, p. 422. Esta ideia de que a disputa de leituras constitucionais teria um papel legitimador do ponto de vista democrático é compartilhda por Balkin: "o que torna um sistema constitucional imperfeito democraticamente legítimo é a habilidade das pessoas de persuadir seus concidadãos acerca do maneira correta de interpretar a Constituição e continuar o projeto constitucional. O que torna esta legitimidade democrática é que a redenção constitucional não é o produto de indivíduos isolados, mas obra de todo o público. Tomados em conjunto, os cidadãos têm os recursos para mover a Constituição em direção aos seus ideais do que a sua Constituição significa e o que deveria significar" ("*what makes an imperfect constitutional system democratically legitimate is that people have the ability to persuade their fellow citizens about the right way to interpret the Constitution and to continue the constitutional project. What makes this legitimacy democratic is that constitutional redemption is not the product of isolated individuals but the work of the entire public. Taken together, citizens have the resources to move the Constitution closer to their ideal of what their Constitution means and should mean*", BALKIN, J. M. *Constitutional Redemption*. *Op. Cit.* pp. 09-10).

[895] ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, pp. 488-490

[896] *Ibibem*, pp. 467-468. Neste mesmo sentido, "os desejos dissidentes da norma heterossexual são objeto de disputa de significados. Tais diferenças são retratadas como indesejáveis por segmentos religiosos hegemônicos,

Diante do exposto, e, conforme vem sendo examinado ao longo de todo o presente estudo, pode-se perceber que o Judiciário não detém capacidade ilimitada para impor sua leitura constitucional e nem é o intérprete exclusivo do texto constitucional. Neste sentido, os diversos movimentos sociais formulam suas demandas a partir da gramática constitucional, buscando influenciar a interpretação realizada pelos intérpretes formais do texto, especialmente para que adotem a sua visão constitucional e, neste sentido, confiram-lhe legitimidade formal[897]. A disputa política se torna, portanto, uma disputa interpretativa da Constituição[898], que é reforçado pelo caráter compromissório e maximizador do texto constitucional, que prevê princípios e valores muitas vezes em tensão, o que permite a movimentos e contramovimentos albergar suas posições contrárias em normas constitucionais[899]. A adoção pelo Judiciário de uma visão mais

incidindo sobre eles mecanismos sociológicos que pretendem fixar seu lugar de inferioridade" (NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. *As novas guerras sexuais*: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil. Rio de Janeiro: Garamond, 2013, p. 25)

[897] Segundo Siegel: "O conflito entre movimentos sociais, possibilitado e conformado pela cultura constitucional, pode criar novas formas de entendimento constitucional – uma dinâmica que guia oficiais na interpretação da linguagem de textura aberta dos direitos e garantias constitucionais" ("*Social movement conflict, enabled and constrained by constitutional culture, can create new forms of constitutional understanding – a dynamic that guides officials interpreting the open-textured language of the Constitution's rights guarantees*"; SIEGEL, R. "Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change". Op. Cit., p. 1323). Para Balkin, esta responsividade das instituições formais e dos intérpretes "oficiais" do texto constitucional ("catolicismo constitucional") às leituras constitucionais formuladas no seio social ao longo do tempo ("protestantismo constitucional") é central para a legitimidade da *judicial review* (BALKIN, J. M. *Constitutional Redemption*. *Op. Cit.*, p. 71). Neste sentido, esta responsavidade se relaciona, ainda, a influência da opinião pública sobre a atuação dos juízes analisada no capítulo anterior.

[898] Em sentido semelhante: "o recurso ao ideário dos direitos humanos deve também merecer reflexão, pois, de certo modo, os direitos humanos podem ser comparados ao que os linguistas denominam de 'significante flutuante' – uma espécie de caixa vazia que depende, na fixação de seu conteúdo, de definições que são extrajurídicas, quer dizer, políticas em sua essência. Poderíamos citar, como exemplo, a retórica da Igreja Católica que, apoiada nos direitos humanos, defende valores como a proteção da vida ou da família, para, de fato, condenar o aborto e a homossexualidade. Se o 'direito à vida' faz parte dos direitos humanos e se firma no campo jurídico, o significado de 'vida' (se tem início na concepção ou no parto) se define na arena propriamente política" (CARRARA, S. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". *Op. Cit.* p. 136).

[899] MENDONÇA, E. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". *Op. Cit.* p. 133. Sobre o tema, Amparo entende que "tanto quanto os valores e direitos constitucionais inspirem movimentos sociais a se mobilizaram, o mesmo acontece com contramovimentos, em parte devido à textura aberta desarmônica das normas constitucionais. Um dos elementos chaves que disparam uma pletora de demandas pelos movimentos sociais e contramovimentos é o fato de um numero significativa de constituições são internamente "desarmônicas", i.e., contém tensões internas (e.g. reconhecimento tanto do pós-racialismo quanto de ações afirmativas na ordem constitucional sul africana) que dão munição a movimentos opostos – tanto os movimentos sociais quanto os contramovimentos, incluindo suas divisões internas – a formular suas demandas em termos constitucionais" ("*As much as constitutional values and rights inspire social movements to mobilize, the same happens with countermovements, which is partly due to the disharmonic open texture of constitutional norms. One of the key elements that triggers the plethora of claims by social movements and countermovements is the fact that a significant amount of constitutions are internally 'disharmonic', i.e. they contain internal tensions (e.g. recognition of both post-racialism and affirmative action in South African constitutional order) which give ammunition to opposing movements – both social movements and countermovements, including their internal fractions – to frame their claims in constitutional terms*"; AMPARO, T. S. "Notes on countermovements and conservative lawyering". *Op. Cit.* pp. 16-17). Este caráter maximizador, por outro lado, pode trazer ganhos à durabilidade da Constituição: "ao reproduzir a lógica de maximização de interesses na institucionalização das regras que organizam o jogo político, a Constituição mais uma vez concedeu espaço para os diversos setores da sociedade, ampliando a lealdade constitucional no contexto da disputa política. [...] Isso se deve ao fato de que a

próxima deste ou daquele posicionamento produzirá a reação e a resistência do grupo cuja visão constitucional restou vencida[900]. Assim, o fato de o STF ter adotado uma interpretação mais consentânea àquela formulada pelo movimento LGBT no caso das uniões homoafetivas produziu um *backlash* dos grupos contrários.

Neste sentido, serão analisadas no seguimento as características e as interpretações levadas a cabo pelo contramovimento de resistência às demandas LGBT. Tratam-se de forças conservadoras que elaboram um uma leitura do texto constitucional voltada não à emancipação ou à transformação social, mas à manutenção e reforço do *status quo* heteronormativo e da moralidade tradicional, muitas vezes a partir da bandeira da "defesa da família"[901]. Este enfrentamento entre defensores de um modelo único de família e vivência sexual e os defensores dos direitos LGBT é um fenômeno global, que vem ocorrendo em quase todos os países ocidentais[902]. A dinâmica e os discursos levantados neste enfrentamento, ademais, apresentam notáveis similaridades entre os diferentes países; assim, como será possível perceber no seguimento, os argumentos utilizados nos EUA pelo contramovimento dos "valores familiares tradicionais" são reproduzidos integralmente no contexto nacional.

Embora também seja politicamente defendida de forma secular, a pauta é reivindicada especialmente por grupos religiosos, sobretudo católicos e evangélicos[903]. Tais grupos tiveram êxito em organizar uma poderosa bancada no Congresso Nacional, capaz de vetar qualquer

---

Constituição detalhista incorpora interesses de muitos grupos heterogêneos e promove a lealdade de todos ao texto. Permite que aspectos pontuais sejam negociados, sem que isso coloque em risco o todo. (VIEIRA, Oscar Vilhena. "Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente". In: DIMOULIS, Dimitri *et al*. *Resiliência Constitucional*: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 23).

[900] Assim, "quando um movimento para mudança constitucional começa a ganhar credibilidade, ele pode motivar a organização de um contramovimento com vistas à defesa dos entendimentos e arranjos tradicionais que a insurgência constitucional está desafiando. A lógica da contramobilização é bastante simples. Uma vez que um movimento contesta a leitura de um determinado princípio constitucional como forma de renegociar a estrutura social, aqueles que se beneficiam dos entendimentos e arranjos contestados têm motivos para mobilizar-se em sua defesa. A contramobilização é provável de ocorrer apenas quando as demandas do movimento começam a gerar resposta pública". ("*when a movement for constitutional change is gaining in credibility, it can prompt the organization of a counter-movement seeking to defend the longstanding understandings and arrangements that a constitutional insurgency is challenging. The logic of countermobilization is rather simple. Once a movement contests the jurisdiction of a constitutional principle in a bid to renegotiate social structure, those who benefit from the contested understandings and arrangements have reason to mobilize in their defense. Countermobilization is likely to occur only as movement claims begin to elicit public response*", SIEGEL, R. "Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change". Op. Cit., p. 1363).

[901] A ideia de "defesa da família" é o "guarda-chuva" retórico a partir do qual o conservadorismo moral organiza boa parte da sua agenda em temas como direitos das mulheres e de LGBTs; legalização das drogas e segurança pública. O que esta bandeira pretende, na verdade, é a defesa de uma concepção única e exclusiva de família como "natural" ou moralmente aceitável: a família tradicional, patriarcal e heteronormativa, marcada pela estratificação de papéis de gênero e hierarquização de vivências sexuais.

[902] VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". *Op. Cit*, p. 233.

[903] Com efeito, segundo Vaggione, a religiosidade, sobretudo cristã, ainda é a melhor variável para indicar a atitude no tocante aos direitos LGBT (*Ibidem*, p. 234)

avanço da pauta LGBT no Legislativo federal, que será objeto de análise mais detida na seção seguinte.

Deve-se destacar que existe intenso debate filosófico sobre a possibilidade do uso de argumentos e posições religiosas em uma democracia liberal e laica, o qual foge largamente aos limites do presente estudo[904]. Por outro lado, ao menos no campo de sua atuação política formal, estes grupos têm buscado estrategicamente formular as suas demandas na forma de argumentos "laicos" dentro da linguagem jurídico-constitucional, o que tem o condão de as legitimar perante grupos não-religiosos e diminuir a pecha de que estariam "misturando religião e política"[905]. A necessidade de formular as suas demandas a partir da gramática jurídico-constitucional importa na "secularização" de argumentos religiosos e impõe os mesmos riscos relativos à tradução a que se submetem as demandas do movimento LGBT[906].

Neste sentido, o *backlash* à decisão do STF acerca da constitucionalidade das uniões homoafetivas promovido por grupos religiosos inegavelmente teve por fundamento as concepções cristãs de que somente a união entre homem e mulher seria família e de que a homossexualidade seria um pecado e moralmente reprovável. Por outro lado, boa parte da crítica à decisão envolveu ou a tradução destes argumentos (p. ex. somente a união entre homem e mulher seria considerada como família *para a Constituição*) ou a busca de argumentos

---

[904] Diversos autores defendem que este uso não seria possível. Neste sentido, Rawls entende que diante do "fato do pluralismo razoável" decorrente das diversas "concepções abrangentes de bem" (como as religiões) presentes nas sociedades contemporâneas, somente razões públicas não-religiosas seriam permitidas na deliberação pública; argumentos decorrentes destas "concepções abrangentes de bem" teriam que ser "traduzidos" em razões públicas para serem considerados admissíveis. Por outro lado, esta concepção é criticada por outros autores; Habermas, por exemplo, entende que não seria possível ou adequado pedir aos cidadãos religiosos para "cindir" sua visão de mundo, deixando a parte religiosa guardada quando viessem deliberar na esfera pública. Para um resumo das principais posições neste tema, vide: TAVARES, Inês Ferreira Dias. "Razões religiosas na esfera pública: uma análise teórica e empírica da atuação pentecostal no Congresso Brasileiro". In: *Revista Publicum*, n. 1, 2015, pp. 102-116.

[905] Assim, Mendonça argumenta que os parlamentares tenderiam a adotar estrategicamente em seu discurso "elementos mínimos da linguagem constitucional", e dá justamente o exemplo da oposição da bancada religiosa ao reconhecimento das uniões homoafetivas e da criminalização da homofobia para retratar a situação. Segundo o autor, embora a oposição seja evidentemente movida por razões confessionais, os argumentos públicos envolvem a laicidade do Estado, o direito de igualdade, a autonomia privada, etc. Assim, "de maneira ainda mais sintomática, a linguagem da Constituição não aparece apenas na forma de ressalva teórica, mas também como protagonista na argumentação contrárias às referidas medidas" (MENDONÇA, E. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". *Op. Cit.* pp. 142-143). Para uma análise detalhada da construção desses argumentos constitucionais a partir de uma perspectiva católica, vide: LEMAITRE, J. "By reason alone". *Op. Cit.*

[906] Assim, "qualquer que seja sua direção final, a retórica e o pensamento tradicionalistas, assim como aqueles da minoria, são conformados pela lei. Portanto, tradicionalistas se viram fazendo argumentos que secularizam suas visões religiosas elementares ou visão de direito natural, que se arriscam a perder o seu significado na tradução e até mesmo alterar a sua própria auto-compreensão ao longo do tempo" ("*Whatever their ultimate direction, traditionalist rhetoric and thought, like that of the minority, are channeled by the law. Thus, traditionalists have found themselves making arguments that secularize their core religious or natural law vision, which risks losing their meaning in the translation and even altering their own self-understanding over time*"; ESKRIDGE, W. N. "Channeling ". *Op. Cit.*, p. 490)

formais que justificassem a sua reversão (p. ex. o STF invadiu a esfera de competência do Legislativo). Cabe questionar, por outro lado, em que medida essa tradução reflete uma "identificação normativa" com a Constituição, capaz de gerar sua maior responsividade democrática, conforme defendem Post e Siegel[907], e em que medida se trata de um artifício retórico meramente estratégico que não reflete uma efetiva identificação com o texto constitucional.

Uma última questão a respeito do *backlash* que merece análise é a ideia defendida por alguns teóricos de que o risco ou a inevitabilidade de uma contrarreação intensa e paralisante a uma decisão progressista faria com que recorrer ao Judiciário para produzir transformações sociais fosse inútil ou mesmo contraproducente. De acordo com Fleming, esse "medo exagerado" de *backlash* seria um dos fatores responsáveis pelo enfraquecimento dos compromissos constitucionais na teoria constitucional americana[908]. Esta noção é largamente identificada com o pensamento de Gerald Rosenberg, segundo o qual, ao decidir em casos polêmicos, o Judiciário tenderia a produzir uma oposição que inviabilizaria o apoio popular necessário à implementação da decisão[909]. Escrevendo sobre a disputa judicial em torno do casamento gay nos EUA, o autor destaca a torrente de leis e emendas de "defesa do casamento"[910] e o pouco impacto sobre o aumento do apoio da opinião pública[911] para concluir que a estratégia de litigância havia sido uma ideia ruim. Diante deste quadro, Rosenberg questiona de maneira provocativa "quando é que eles vão aprender?" ("*when will they ever learn?*"), para destacar o continuado recurso aos tribunais pelos movimentos sociais, apesar da sua incapacidade para promover mudança social efetiva, diante do *backlash* sofrido por decisões transformativas[912].

---

[907] "Criticar uma decisão judicial como contrária à Constituição é falar a partir de uma identificação normativa com a Constituição. Cidadãos que invocam a Constituição para criticar os tribunais associam a Constituição com entendimentos que eles acham normativamente convincentes e acreditam que seja vinculantes" ("*To criticize a judicial decision as betraying the Constitution is to speak from a normative identification with the Constitution. Citizens who invoke the Constitution to criticize courts associate the Constitution with understandings they find normatively compelling and believe to be binding on others*"; POST, R. SIEGEL, R. "Roe Rage". *Op. Cit*, p. 375).

[908] FLEMING, James E. "The incredible shrinking constitutional theory: from the partial Constitution to the minimal Constitution. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n. 6, 2007, p. 2913.

[909] ROSENBERG, G. *The Hollow Hope. Op. Cit;* p. 16

[910] *Ibidem*, p. 368;

[911] *Ibidem*, p. 401

[912] "Com efeito, um dos resultados mais fascinantes da litigância tem sido a incrivelmente bem-sucedida mobilização contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Embora as decisões possam ter encorajado um movimento país afora em apoio ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, a litigância mobilizou oponentes de maneira mais poderosa. [...] Uma das mais importantes lições, portanto, que advém da litigância pelo casamento igualitário é que a litigância em nome daqueles relativamente vulneráveis, caso bem-sucedida, provavelmente irá enfrentar poderosas resistência política. Desta forma, o insulamento político do Judiciário, o próprio atributo que permite aos relativamente vulneráveis recorrer as cortes, também limita a eficácia de suas vitórias judiciais" ("*Indeed, one of the most fascinating results of the litigation has been the stunningly successful*

A narrativa de Rosenberg, por outro lado, é objeto de uma série de críticas, como, por exemplo, a de que retraria um senso de "inevitabilidade" incompatível com as contingências concretas do desenrolar histórico e não daria a devida atenção aos efeitos extraprocessuais da litigância para a transformação cultural e mobilização do movimento, por exemplo[913]. Ademais, ao sublinhar somente a criação de novas barreiras para os direitos LGBTs, como as emendas e leis de "defesa do casamento", a teoria deixa de levar em consideração os ganhos concretos que advém da litigância, i.e., os casais homossexuais que tiveram acesso ao casamento em alguns Estados[914]. A crítica principal, por outro lado, é a de que a teoria de Rosenberg entende que o *backlash* adviria somente da atuação judicial, ignorando que quando o Legislativo e o Executivo promovem a garantia de direitos LGBT, esta atuação também desencadeia contrarreação e resistência dos setores conservadores[915]. Com efeito, via de regra, os contramovimentos conservadores – e os movimentos sociais de maneira geral –, ao contrário dos juristas, têm preocupações de ordem substantiva, e não formal em relação à arranjos institucionais; i.e., para

---

countermobilization against same-sex marriage. Although the decisions may have encouraged a movement around the country in support of same-sex marriage, the litigation more powerfully mobilized opponents. […] *One of the most important lessons, then, that comes from litigation for marriage equality is that litigation on behalf of the relatively disadvantaged, if successful, is likely to be met with powerful political resistance. Thus, the political insulation of the Judiciary, the very attribute that allow the relatively disadvantaged to have their day in court, also limits the efficacy of judicial victories*"; *Ibidem. Op. Cit.* p. 417).

[913] KECK, T. M. "Beyond backlash". *Op. Cit*, pp. 156-158.

[914] *Ibidem.* pp. 167-169.

[915] Assim, "todas as vitórias de ativistas dos direitos LGBT deflagraram contramobilização política e jurídica, independentemente de as vitórias terem ocorrido por canais legislativos, executivos ou judiciais. Cada uma dessas vitórias foi uma derrota para os oponentes dos direitos LGBT, e aqui, assim como no contexto do aborto, derrotas no legislativo, da mesma forma como derrotas nas cortes, tendem a gerar oposição quando as questões permanecem controvertidas [...] Sob essa luz, a estratégia de evitar *backlash* político mantendo-se longe dos tribunais parece improvável de dar certo". ("*all victories by LGBT rights advocates have sparked legal and political countermobilization, regardless of whether the victories occurred through legislative, executive, or judicial channels. Each such victory has been a defeat for opponents of LGBT rights, and here, as in the abortion context, defeats in the legislature, just as surely as defeats in the courts, are likely to generate opposition when issues remain contested* […]. *In this light, the strategy of avoiding political backlash by steering clear of the courts seems unlikely to work*"; *Ibidem*, p. 181"). No mesmo sentido, Fleming questiona: "hipoteticamente falando, alguém acredita seriamente que se a Suprema Corte de Massachusetts nunca tivesse decidido *Goodridge*, e ao invés o Legislativo de Massachusetts tivesse por sua própria iniciativa aprovado uma lei reconhecendo o casamento entre pessoas do mesmo sexo em novembro de 2003, as repercussões para as eleições de 2004 teriam sido significativamente diferentes? É claro que o ataque teria sido não sobre juízes ativistas liberais, mas sim sobre legislativos liberais, mas as repercussões teriam sido similares" ("*to take a hypothetical, does anyone seriously believe that if the Massachusetts Supreme Judicial Court had never decided Goodridge, and if instead the Massachusetts legislature on its own initiative had passed a law recognizing same-sex marriage in November 2003, the repercussions for the 2004 elections would have been significantly different? Granted, the attack would not have been on activist liberal judges, but on liberal legislatures, but there would have been similar repercussions*"; FLEMING, J. E. "The incredible shrinking constitutional theory". *Op. Cit.*, p. 2915). Klarman, por outro lado, embora reconheça que a atuação estatal que contrarie intensamente a opinião pública vai produzir *backlash*, pouco importando se esta foi fruto das cortes ou das legislaturas, entende que existe uma maior propensão do Judiciário a adotar tal tipo de medida (KLARMAN, M. J. *From the Closet to the Altar*. *Op. Cit.* pp. 167-169).

eles a questão central é com o teor da decisão ou política, e não com o agente institucional que a adotou ou promoveu[916].

5.2.1. A reação no Congresso Nacional e a Frente Parlamentar Evangélica

Apesar de o Brasil ser um Estado laico desde a primeira Constituição republicana de 1891, historicamente a religião, com destaque para o catolicismo, tem tido grande influência na política nacional[917]. Todavia, recentemente a discussão sobre a relação entre política e religião tem se intensificado em função de um fenômeno novo: a atuação direta e ativa de igrejas e lideranças religiosas, principalmente evangélicos neopentecostais, no processo eleitoral, fazendo campanha e indicando candidatos oficiais[918], e a crescente presença de parlamentares identificados precipuamente com a bandeira religiosa, muitos deles pastores e missionários[919].

O conjunto destes parlamentares costuma ser denominada no discurso jornalístico como a "bancada evangélica" do Congresso Nacional, formalmente organizada desde 2003 como a Frente Parlamentar Evangélica – FPE. A atuação deste grupo político gera uma série de questionamentos em relação à laicidade do Estado. A ideia de laicidade, por outro lado, é uma noção complexa, que envolve diversos arranjos possíveis diante do fenômeno religioso e o nível de separação exigível entre o Estado e as entidades religiosas. A análise dos diversos modelos existentes, e em que medida foram sufragados pela atual Constituição, entretanto, foge do escopo do presente estudo[920].

---

[916] "Quando tribunais proferem decisões liberais, eles se tornam um alvo fácil para ataques antiliberais, mas nós não devemos deixar isso nos levar a crer que a objeção primária é sobre *tribunais pretendendo realizar mudanças* e não sobre *as próprias mudanças liberais enquanto tais*". ("*When courts make liberal decisions, they become an easy target for antiliberals' attacks, but we should not let that fool us into thinking that the primary objection is to* courts attempting change *rather than to* liberal change as such"; FLEMING, J. E. "The incredible shrinking constitutional theory". *Op. Cit.*, p. 2915)

[917] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro". In: *Revista da AGU*, v. 41, 2014, p. 15; LEMAITRE, J. "By reason alone". *Op. Cit.* p. 501.Assim, por exemplo, a garantia tardia do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da influência do dogma católico da "indissolubilidade do laço matrimonial"; e a presença ostensiva de crucifixos em tribunais e outros espaços estatais.

[918] VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política*: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012, p. 9; DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. *Religião e Política*: ideologia e ação da "Bancada Evangélica" na Câmara Federal". 2011. 350 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 23.

[919] Este processo é chamado por Vital e Lopes de "confessionalização da política" (VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. *Op. Cit*. p. 171).

[920] Sobre o tema, vide PEREIRA, J. R. G. "A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado". *Op. Cit.*; e RIOS, Roger Raupp. "A laicidade e os desafios à democracia no Brasil: neutralidade e pluriconfessionalidade na Constituição de 1988". In: NARDI, Henrique Caetano; MACHADO, Paula Sandrine;

A crescente presença de evangélicos neopentecostais na vida pública, por outro lado, reflete o seu crescimento na população brasileira de maneira geral[921]. Um dos principais fatores que facilitou essa rápida expansão foi o chamado "televangelismo", estratégia importada dos grupos evangélicos americanos. Assim, as Igrejas Evangélicas, com destaque para Igreja Universal do Reino de Deus, passaram a controlar um tempo cada vez maior de programação da TV aberta, seja por meio de canais próprios, seja por meio da compra de horários na grade de outros canais[922]. Além da atuação televisiva, uma infinidade de rádios, editoras, gravadoras, páginas e blogs na internet promovem uma maciça presença dos evangélicos nos diferentes meios de comunicação, o que favorece o seu proselitismo religioso e a transmissão de suas visões políticas. Diante deste cenário, muitos pastores, embora não tenham atuação eleitoral própria, exercem grande influência política. Talvez o melhor exemplo seja o do Pastor Silas Malafaia[923], ferrenho opositor do movimento LGBT, cujas críticas publicadas no *twitter* em 2014 foram responsáveis pela retirada do plano de governo da então candidata à presidência pelo PSB Marina Silva de uma série de propostas em defesa dos direitos LGBT[924].

O ingresso dos neopentecostais na vida política formal começou na Constituinte, em razão do temor de que a nova carta pudesse ampliar os benefícios da Igreja Católica junto ao Estado[925]. Assim, em 1986 foram eleitos os primeiros parlamentares expressamente identificados com o neopentecostalismo, que fizeram intransigente oposição às propostas de avanço na pauta moral na nova Constituição, como a previsão da vedação da discriminação por orientação sexual[926].

SILVEIRA, Raquel da Silva (orgs.). *Diversidade Sexual e Relações de Gênero nas Políticas Públicas*: o que a laicidade tem a ver com isso?. Porto Alegre: Deriva/Abrapso, 2015.

[921] Assim, o grupo passou de 6.6% da população brasileira em 1980, para 9% em 1991, 15,4% em 2000 e 22,2% em 2010 (VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 37). Por outro lado, trata-se de um grupo muito plural, composto por adeptos de muitas denominações diferentes, com visões variadas quanto à relação entre evangélicos e a política. Esta pluralidade, ademais, se reflete na própria visão destas igrejas em relação à própria homossexualidade; assim, por exemplo, é cada vez maior o número de "igrejas inclusivas", que visam a promover uma leitura do evangelho condizente com a tolerância às pessoas LGBT (sobre este tema, vide NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, pp. 121 *et seq*.)

[922] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 35

[923] Líder da Igreja Assembleia de Deus (Ministério Vitória em Cristo) e presidente da editora e gravadora Central Gospel, Silas Malafaia é formado em teologia e psicologia. Inspirado nos televangelistas americanos, comprou ainda na década de 1980 horários na televisao para transmissão de cultos que alcançaram grande audiência. O seu programa "Vitória em Cristo" está no ar há mais de 30 anos. A partir de 2012, passou a apresentar o programa "Fala Malafaia", em que trata de temas variados a partir de uma "perspectiva cristã"; o tema de estreia escolhido foi o aborto de fetos anencéfalos e a recente decisão do STF. É conhecido pelo seu estilo direto e inflamado na oposição aos direitos LGBT e pautas feministas (*Ibidem*. p. 23).

[924] TREVISAN, Janine. "Pentecostais e movimento LGBT nas eleições presidenciais de 2014". In: *Debates no NER*, ano 16, n. 17, 2015, pp. 310 *et seq*.

[925] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. Religião e Política. Op. Cit. p. 41; TREVISAN, Janine. "A Frente Parlamentar Evangélica: força política no Estado laico brasileiro". In: *Numen:* revista de estudos e pesquisas da religião, v. 16, n. 1, 2013, p. 585.

[926] DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, pp. 24-25

Ao longo dos anos 90 e 2000, observa-se um crescimento da "bancada evangélica"[927]; o envolvimento direto das igrejas nas disputas eleitorais, fazendo campanha e lançando candidaturas oficiais, foi decisivo para este crescimento, a partir da ideia de que "irmão vota em irmão"[928]. Este aumento no número de legisladores identificados com a defesa dos costumes e dos princípios cristãos ocorreu, por outro lado, simultaneamente a emergência das demandas LGBT na arena pública, por meio, por exemplo, das paradas do orgulho LGBT e dos primeiros projetos de lei sobre direitos de casais homoafetivos, de maneira que o discurso daqueles parlamentares esteve marcado desde o início pelo enfrentamento das pautas relacionadas à diversidade sexual. Por outro lado, é importante esclarecer que embora a oposição aos direitos LGBT no Congresso seja usualmente identificada com a "bancada evangélica", os parlamentares neopentecostais estão longe de ser o único grupo com atuação refratária a estas demandas. Com efeito, o enfrentamento nas pautas sobre costumes costuma ser feito em coordenação com outros grupos conservadores, principalmente os políticos católicos[929], com quem compartilham muitas posições em virtude da "moral cristã", e, em menor escala, outros setores conservadores como ruralistas e parlamentares ligados ao recrudescimento do Estado penal[930].

Apesar de alguns revezes na 53ª legislatura (2007-2011), em que perdeu muita força em razão do envolvimento de vários de seus membros no chamado "escândalo das sanguessugas"[931], nas duas legislaturas seguintes a "bancada evangélica" recobrou sua força tendo eleito 70 deputados e 3 senadores para a 54ª legislatura (2011-2015)[932] e 75 deputados para a 55ª legislatura (2015-2019)[933], além de ter conservado os 3 senadores, cujos mandatos

---

927 NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, p. 20.
928 TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica": *Op. Cit.*, p. 585.
929 VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 160-161; DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 191
930 A atuação conjunta dos três grupos na defesa de projetos conservadores costuma ser chamada de "bancada BBB" (bala, boi e bíblia).
931 O "escandâlo das sanguessugas", também conhecido como "máfia das ambulâncias", foi um escândalo de corrupção que estourou em 2006 envolvendo políticos de vários partidos acusados de desviar dinheiro público e fraudar licitações destinadas à compra de ambulâncias pelo Ministério da Saúde (VITAL, C.; LOPES, P. V. L. Religião e Política. Op. Cit. pp. 43-46).
932 DIAP. *Radiografia do Novo Congresso*: legislatura 2011-2015. Brasília, DIAP, 2010, p. 44. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/355-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2011-2015-dezembro-de-2010>. Acesso em 11 out. 2016.
933 DIAP. *Radiografia do Novo Congresso*: legislatura 2015-2019. Brasília, DIAP, 2014, p. 106. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/2883-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2015-2019-dezembro-de-2014>. Acesso em 11 out. 2016. Em função do fortelecimento de outras bancadas ligadas à "defesa da família" e a à negação de direitos sociais e trabalhistas, o Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) caracterizou o Congresso eleito em 2014 como o mais conservador desde 1985 (*Ibidem*, p. 16).

expiram somente em 2019[934]. Assim, a FPE, especialmente quando age em conjunto com outros setores conservadores, possui força o suficiente para impedir o avanço dos projetos referentes aos direitos LGBT no Congresso, especialmente na Câmara, onde são quase 15% dos deputados. Diante de um cenário de crescente pulverização partidária e do sistema de "presidencialismo de coalizão", uma bancada desse porte possui relevante poder de barganha não apenas dentro do parlamento, mas também na relação com o Executivo[935].

Um marco central para a atuação dos evangélicos no legislativo foi a fundação da FPE em 2003[936]. Trata-se de uma frente parlamentar oficial e reconhecida institucionalmente pelo Congresso[937], contando com estatuto interno, diretoria, presidência, sala própria, requisitos para ingresso e eventual exclusão, etc.[938]. O objetivo da formação da FPE foi conferir à atuação dos deputados evangélicos um caráter mais coordenado e profissional, visando adotar uma posição conjunta em temas de interesse do grupo.

Ao contrário dos partidos políticos, as frentes parlamentares não podem "fechar posição" de suas bancadas, punindo dissidentes[939]. O reforço à fidelidade partidária promovido pelo STF[940] resultou, portanto, no enfraquecimento das "bancadas informais" e frentes parlamentares, uma vez que os parlamentares podem ser punidos por acompanhar a posição destas quando forem contrárias à de seus partidos. Por outro lado, em alguns casos, a eleição dos deputados decorre mais da atuação e apoio de sua igreja do que da estrutura partidária, de maneira que o compromisso primeiro da sua atuação parlamentar é com aquela e não com a legenda[941]. Além disso, as legendas com mais integrantes junto à FPE, o PSC e o PRB são

---

[934] Apesar da eleição do Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, para a prefeitura do Rio de Janeiro em 2016, o seu primeiro-suplente no Senado, Eduardo Lopes (PRB/RJ), também é ligado à mesma igreja evangélica.

[935] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. Religião e Política. Op. Cit. p.9.

[936] Segundo Janine Trevisan, a formação da frente neste ano esteve ligada ao esforço para aprovação da Lei nº 10.825/2003, que alterou o art. 44 do Código Civil aprovado no ano anterior, para fortalecer o poder e a liberdade das instituições religiosas (TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit.*, p. 586)

[937] "As frentes são grupos constituídos por parlamentares de diferentes siglas partidárias que defendem interesses comuns. Não assumindo compromisso ideológico e político com seus partidos, muitos deputados se associam para fazer valer interesses pessoais, profissionais, religiosos e econômicos. O surgimento excessivo das frentes, por conseguinte, decorre em certa medida da fragilidade do sistema partidário brasileiro, que não apresenta coerência ideológica nem programas políticos claros e não exige de seus integrantes comprometimento com as ideologias do partido" (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 163).

[938] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 157; TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit*, p. 587

[939] DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 283.

[940] Nos MS nº 26.602, 26.603 e 26.604 e nas ADIs 3.999 e 4.086, o STF declarou a constitucionalidade das Resoluções nº 22.610/2007 e 22.733/2008 do TSE, para entender que, no caso de eleições proporcionais, o mandato pertence ao partido, de forma que o parlamentar que mudar sem justa causa de legenda o perderá. Este conjunto de decisões teve por efeito fortalecer o controle das legendas sobre a atuação dos seus quadros parlamentares.

[941] TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 119. Por este motivo, Santos e Sampaio defendem que, diante da crise instituticonal dos partidos políticos, as igrejas evangélicas atuariam como "proto-

partidos diretamente identificados com a bandeira da "moral cristã" [942], de maneira que nestes casos a divergência entre os posicionamentos da frente e dos partidos é sensivelmente mitigada.

A FPE, por outro lado, é formada por um grupo muito heterogêneo de congressistas, pertencentes a diversos partidos políticos, governistas e oposicionistas, e ligados a diferentes igrejas e denominações, que exercem níveis distintos de influência e controle em seus mandatos[943]. Ademais, nem todos os membros da frente tem o mesmo engajamento nos seus trabalhos; alguns parlamentares têm participação meramente eventual e, apesar de formalmente cadastrados como membros, buscam se distanciar do grupo no cotidiano parlamentar[944].

Este heterogeidade interna dificulta a atuação coordenada da FPE. Como estratégia de sobrevivência em relação às suas diferenças políticas internas, os debates sobre questões públicas são escamoteados, havendo atuação da FPE somente nas questões consensuais, basicamente os temas relativos aos "costumes", como os direitos LGBT, e de interesse corporativo das igrejas[945]. Este consenso deriva, em grande parte, do fato de que a "moral cristã" é encarada como uma verdade absoluta e um bem supremo, que deve ser defendida e promovida acima das disputas e cizânias políticas[946].

Uma das principais estratégias é a organização de grupos temáticos de trabalho, em que cada parlamentar ou grupo de parlamentares fica responsável pelo acompanhamento dos projetos relativos aos temas de interesse da frente, como aborto, saúde, questões indígenas, pedofilia, direitos LGBT, etc[947]. Além disso, os parlamentes da FPE buscam participar nas comissões mais importantes para estas temáticas, como a de Seguridade Social e Família e a de Direitos Humanos e Minorias, bem como garantir cargos nas mesas e relatorias. Quando um determinado projeto de relevo vai a votação em alguma das comissões, os membros da FPE,

---

partidos" (SANTOS, Rodrigo; SAMPAIO, Thiago. "Análise do comportamento da Frente Parlamentar Evangélica no Brasil (2011-2015)". In: *Revista Eletrônica de Ciência Política*. v. 6, n; 2, 2015, p. 201).

[942] O PRB é aglutinador das candituras ligadas à Igreja Univesal do Reino de Deus, uma das denominações com atuação político-legislativa mais destacada (*Ibidem*, p. 210).

[943] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. pp. 47-48. Assim: "Grande parte dos parlamentares evangélicos, sobretudo aqueles pertencentes às denominações pentecostais, cujos mandatos foram conquistados com o apoio de suas igrejas, estão submetidos às determinações da liderança eclesiástica. É o caso da Igreja Universal que, por ser peça-chave na eleição de seus candidatos oficiais, define parâmetros de ação e diretrizes que orientam o exercício do mandato parlamentar, mantendo os deputados sob seu comando" (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 233)

[944] *Ibidem*, p. 230; TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit*, pp. 591-592,

[945] TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 120. No mesmo sentido: "composta por parlamentares dos mais diversos partidos, que congregam diferentes ideologias políticas, a Frente Parlamentar Evangélica é considerada apartidária e apolítica. As temáticas que lhe competem estão articuladas à moral, à ética e à religião, não lhe sendo autorizada a discussão de questões políticas (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 271).

[946] *Ibidem*, p. 257.

[947] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 157; DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 165.

mesmo que não formalmente participantes daquela comissão, costumam comparecer à sessão, visando pressionar os demais congressistas[948].

O exemplo mais bem-sucedido dessa atuação foi a eleição do Deputado Federal Marco Feliciano (PSC/SP) para presidir a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em 2013. O Deputado, pastor evangélico, era explícito opositor das pautas do movimento LGBT e teve sua presidência marcada por intensos enfrentamentos com ativistas de direitos humanos[949].

O principal objetivo da FPE é a vigilância constante sobre os projetos contrários à cosmovisão cristã, visando agir em todas as oportunidades do processo legislativo para que sejam enterrados, preferencialmente ainda nas comissões[950]. Segundo Dantas, "trata-se, pois, de um trabalho de resistência aos avanços sociais, às reivindicações sociais dos movimentos progressistas e à transformação da sociedade"[951]. A atuação da FPE é eminentemente reativa e não propositiva, agindo mais para a aniquilação de projetos progressistas e reversão de conquistas do que para a construção de propostas conjuntas, inclusive em função de seu pluralismo interno[952].

É importante destacar que o poder da FPE não é o mesmo nas duas casas do Congresso Nacional, sendo a frente muito mais forte na Câmara do que no Senado. Neste sentido, é fácil perceber o porquê de a atuação para blindar qualquer avanço de pautas progressistas no campo dos costumes seja feita de forma tão ferrenha na Câmara, já que no Senado o poder de barganha e bloqueio da FPE fica sensivelmente reduzido.

No tocante ao discurso da FPE, serão analisados em primeiro lugar os argumentos que legitimam a sua própria existência e atuação, e posteriormente aqueles que são manejados para se opor aos direitos LGBT, um dos seus campos preferenciais de atuação. Os parlamentares identificados com a FPE buscam se utilizar de um "discurso dos direitos" e do acesso democrático aos bens políticos para justificar a sua presença no espaço público[953]. Assim,

---

[948] *Ibidem*, p. 184.
[949] TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit*, pp. 589-590. Segundo a autora, a falta de apoio do Planalto à presidência de Marcos Feliciano foi um dos motivos determinantes para a saída do PSC da base do governo federal em abril de 2014, que lançou candidato próprio na disputa presidencial daquele ano (*Idem*. "Pentecostais e movimento LGBT nas eleições presidenciais de 2014". *Op. Cit.*, pp. 302-303).
[950] Neste sentido, a aprovação na Câmara dos Deputados em 2006 do projeto de criminalização da homofobia em 2006, renumerado no Senado Federal como PLC nº 122/2006, teria decorrido de uma manobra dos seus apoiadores, que o colocaram em votação num dia em que o plenário estava esvaziado. A FPE, então recém-formada, não teria sido capaz de detectar o subterfúgio, e o projeto acabou aprovado sem que os evangélicos na Câmara tivessem organizado adequadamente sua oposição à proposta. Depois desse episódio, as estratégias de acompanhamento foram sensivelmente reforçadas (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 217)
[951] *Ibidem*, p. 174.
[952] *Ibidem*, pp. 187-188.
[953] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 15.

embora formalmente defendam o Estado laico, os membros da FPE entendem que o sistema constitucional brasileiro teria encampado um modelo de laicidade baseado no tratamento igual do Estado à todas as religiões (e não necessariamente na separação rígida)[954] e a defesa da religião como apenas mais um grupo social atuando na esfera pública, ao lado de outros grupos de pressão[955]. Assim, criticam uma postura de separação "exagerada" que identificam com o laicismo, argumentando que o "Estado é laico, e não ateu".

Segundo Dantas, os parlamentares da FPE têm uma concepção exclusivamente formal de democracia, reduzindo-a realização de eleições livres, pluripartidarismo e alternância de poder[956]. Um conteúdo mais substancial da noção aparece vinculado somente a ideia de liberdade religiosa e à perspectiva de laicidade defendida. A ideia de separação entre religião e Estado parece ser unidirecional, sendo invocada somente para deslegitimar projetos que visam regular a atividade religiosa. Com efeito, uma das principais frentes de atuação da FPE é justamente inviabilizar qualquer regulamentação que de alguma maneira possa frustrar o crescimento das igrejas ou cercear sua liberdade de atuação[957]

Ademais, as noções de liberdade religiosa, liberdade de consciência e liberdade de expressão justificariam a possibilidade de as igrejas estarem presentes no debate público defendendo ideias ligadas às suas cosmovisões religiosas. Por outro lado, a liberdade é encarada somente na perspectiva das Igrejas, para deslegitimar as críticas, que são tachadas de "intolerância religiosa", e não como impedimento para se tolher liberdades individuais a partir de dogmas religiosos[958].

A atuação para barrar o avanço de projetos que visem a promoção dos direitos LGBT é igualmente feita com base não na referência expressa à Bíblia, mas à Constituição[959]. Por outro lado, o recurso a "razões laicas" e à gramática jurídico-constitucional deve ser entendido de

---

[954] Este discurso surgiu em um primeiro momento como um desafio ao *status* prerefencial do catolicismo na esfera política. Assim, por exemplo, um dos projetos recentes que gerou intensa reação da FPE foi o chamado "Acordo Brasil-Santa Sé", que segundo os integrantes da frente garantia uma série de benefícios à Igreja Católica (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, pp. 223 *et seq*). Por outro lado, a partir do momento em que os grupos neopentecostais passaram a ganhar a força, a defesa de acesso igual aos bens políticos foi se transmutando na defesa de um acesso privilegiado (VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 21).

[955] *Ibidem*, pp. 20-21; TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit.*, p. 595. Assim, segundo Jane Reis, a atuação dos grupos religiosos na política seria marcada pela "tendência de calibrar o conceito de laicidade para torná-lo amigável às religiões" (PEREIRA, J. R. G. "A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado". *Op. Cit.* pp. 16-17).

[956] DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, pp. 239-240.

[957] *Ibidem*, pp. 178 e 197. Uma atuação central envolve a luta contra a democratização da mídia e sobre as regras de concessões concessões de rádio e TV, como forma de manter a sua extensa estrutura de rádios e televisões evangélicas (TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 118)

[958] DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, pp. 246-248.

[959] TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit.*, p. 588;

forma apenas "instrumental", como estratégia para entrincheirar entendimentos religiosos dogmáticos[960].

Os argumentados levantados para se opor às demandas LGBT muitas vezes buscam acionar "pânicos morais". Assim, por exemplo, os discursos para reforçar a ideia recorrente de que existe uma imbricação entre a homossexualidade e a pedofilia ou a AIDS, ou ainda que a garantia de direitos às pessoas LGBT seria na verdade uma conspiração para destruir a família[961]. A ideia "guerra espiritual" é transplantada para o cenário político-eleitoral, de maneira que somente a eleição de políticos evangélicos, comprometidos com a "defesa da família", poderiam fazer frente às "forças do mal", encarnadas por exemplo nos militantes dos direitos LGBT[962]. Assim, em razão do seu caráter pecaminoso e avesso às leis divinas, a homossexualidade é entendida como uma grave ameaça a ordem social e moral da sociedade a ser combatida[963]. Em razão desta representação maniqueísta das forças políticas, "o 'avanço' dos direitos civis dos homossexuais é tido como uma violação dos direitos de pessoas religiosas, ou mesmo uma forma de perseguição e intolerância em face da religiosidade cristã"[964].

A defesa de uma forma única de entidade familiar – heterossexual, matrimonial e profundamente patriarcal – envolve o mascaramento do discurso religioso por meio do recurso à argumentos pseudo-científicos a respeito da sexualidade, a partir da ideia de que os comportamentos saudáveis e naturais seriam somente aqueles praticados dentro da família heterossexual e cristã, enquanto as formas desviantes de sexualidade são retratadas simultaneamente como pecaminosas, antinaturais e patológicas. Assim, por exemplo, a tese de que crianças criadas por casais do mesmo sexo sofreriam de transtornos psicológicos em razão da ausência de um referencial "masculino" e um "feminino". Ademais, o recurso à literalidade da Constituição, em função da previsão textual somente da união estável entre homem e mulher no art. 226, §3º, é utilizada como razão para negar os direitos às famílias homoafetivas e criticar a decisão do STF[965].

---

[960] TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 131; DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 167.
[961] VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. pp. 153-154; NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, pp. 88-89.; TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 125.
[962] *Ibidem*, p. 120
[963] MACHADO, Maria das Dores Campos *et al*. "Homofobia, movimentos sociais e a epidemia de AIDS na percepção de lideranças religiosas". In: MACHADO, Maria das Dores Campos; PICCOLO, Fernanda Delvanalhas. (orgs.). *Religiões e Homossexualidades*. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 117.
[964] NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, p. 114.
[965] TREVISAN, J. "A Frente Parlamentar Evangélica". *Op. Cit.*, p. 588.

Um argumento recorrente é a ideia de que o Estado deveria ser neutro em relação à "liberdade de opção sexual dos indivíduos", não podendo atuar para "promover a homossexualidade"[966]. Com base nessa ideia, por exemplo, critica-se a vedação da possibilidade de tratamentos psicológicos visando a modificação da orientação sexual como uma violação à liberdade profissional e autonomia do paciente e as políticas de combate à homofobia na escola, que buscariam "incentivar a homossexualidade infantil"[967].

Condizente com este argumento de "neutralidade", a oposição a qualquer política pública ou mesmo garantia de direitos específicos em relação à comunidade LGBT é muitas vezes justificada com base na ideia de que se trataria, na verdade, de um "favorecimento" ou "tratamento especial", contrário, portanto ao princípio da igualdade[968]. Este é um dos principais argumentos contrários à criminalização da homofobia, tema em que a oposição da FPE costuma ser vocalizada de maneira mais inflamada, denunciando a tentativa de instalar uma "ditadura gay" no Brasil[969]. Segundo defendem, o projeto não seria adequado, uma vez que toda forma de preconceito e discriminação deveria ser combatida, e não apenas contra pessoas LGBT[970].

Neste sentido, o PLC nº 122/2006 foi apelidado pelos evangélicos de "lei da mordaça", sendo encarado como uma grave ameaça à liberdade religiosa[971]. Os parlamentares temiam que a aprovação do projeto impedisse a "crítica do homossexualismo", ainda que do púlpito[972]. É interessante, neste sentido, que os argumentos utilizados pelos setores religiosos para criticar a criminalização da homofobia são bastante semelhantes aos argumentos dos ativistas LGBT para defende-la: pluralidade da sociedade contemporânea, direito à diferença e liberdade de expressão[973].

---

966 VITAL, C.; LOPES, P. V. L. *Religião e Política*. Op. Cit. p. 152.

967 Ademais, diante do tabu do sexo e especificamente da sexualidade infantil e adolescente, denunciar a inserção do tema da sexualidade no universo escolar pode disparar pânicos morais e, desta forma, ser politica e eleitoralmente vantajoso

968 DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, pp. 214-216.

969 NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, pp. 90-91; DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 219.

970 TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 128.

971 DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 219; TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 130.

972 NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, pp. 98-99.

973 MACHADO, M. D. C. *et al*. "Homofobia, movimentos sociais e a epidemia de AIDS na percepção de lideranças religiosas". *Op. Cit.*, pp. 118-119. Este processo não é específico do contexto brasileiro; Eskridge destaca, por exemplo, que "caso o movimento alcance sucesso através de leis antidiscriminação (para o melhor exemplo), a política de preservação do contramovimento vai responder com seus próprios argumentos constitucionais, na maioria dos casos lastreados na liberdade de expressão e de associação" ("*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*"; ESKRIDGE, W. N. "Channeling". *Op. Cit.*, p. 479)

Um artifício retórico importante é inverter a acusação que recorrentemente lhes é imputada, devolvendo aos homossexuais de forma geral ou ao movimento LGBT organizado a pecha de intolerantes[974]. Neste sentido, analisando o discurso de uma série de lideranças religiosas cristãs, Machado *et al* verificam que "num jogo de acusação espelhado, as lideranças devolvem aos movimentos LGBT – que acusa as igrejas de fomentar a homofobia – a acusação de intransigência, agressividade, intolerância e autoritarismo"[975]. Diante deste quadro, formulou-se a noção de "heterofobia", espécie de corruptela da ideia de "homofobia", para evidenciar que na verdade os intolerantes e preconceituosos seriam os homossexuais[976]. No mesmo sentido, os projetos relacionados ao "orgulho heterossexual", como resposta ao "orgulho gay", que buscam inverter as posições de opressor e oprimido.

Por outro lado, além destes argumentos de ordem mais substancial, a oposição às pautas LGBT também envolve argumentos de ordem mais formal ou institucional, como separação dos poderes e a defesa das prerrogativas do Poder Legislativo[977]. Diante da sua expressiva capacidade de veto em relação aos projetos que não são do seu interesse, em razão do número de parlamentares no Congresso Nacional, principalmente na Câmara dos Deputados, e da eficiente atuação estratégica possibilitada pela FPE, não é surpreendente que os políticos evangélicos busquem defender a competência exclusiva do Legislativo para tratar do maior número possível de assuntos, ainda que não tenha efetiva pretensão de regulá-los. Com efeito, tais argumentos servem de base para a crítica ao "ativismo judicial" do STF, em razão das decisões a respeito do aborto de fetos anencéfalos e das uniões homoafetivas. Os parlamentes

---

974 "O discurso evangélico, pois, promove uma inversão ideológica da realidade, convertendo a proposta que garante a livre expressão homoafetiva em atentado à democracia e dispositivo em prol de um regime ditatorial. Nesse sentido, a ideologia atua para ocultar a posição totalitária e intolerante dos defensores da moral sexual, apresentando-os como arautos da democracia" (DANTAS, B. S. A. "Religião e Política". *Op. Cit.*, p. 220).

975 MACHADO, M. D. C. *et al*. "Homofobia, movimentos sociais e a epidemia de AIDS na percepção de lideranças religiosas". *Op. Cit.*, p. 123.

976 "A categoria heterofobia começou recentemente a ser invocada no interior dos discursos conservadores, especialmente em debates sobre supostas consequências da aprovação do PL 122 sobre igrejas cristãs. A noção de 'heterofobia' representa uma figura de linguagem que tenta inverter e subverter argumentos empregados por militantes LGBT na denúncia de práticas e discursos que desqualificam a diversidade: retrata o protesto de sujeitos em situação de subalternidade como uma forma paradoxal de 'discriminação', supostamente exercida pelos dominados contra os dominantes. [...] Esta reivindicação de minorias sexuais para que as formas da diversidade sexual sejam reconhecidas e respeitas como equivalentes à heterossexualidade só poderia ser percebida como 'rebaixamento' das pessoas heterossexuais a partir das pretensões de status superior reclamadas em perspectivas e discursos heterossexistas. Alguns autores nesse campo empregam a categoria 'heterofobia' estrategicamente reivindicando o privilégio de reproduzir preconceitos e estigmas diante da diversidade sexual" (NATIVIDADE, M.; OLIVEIRA, L. *As novas guerras sexuais. Op. Cit.*, pp. 92-93).

977 AMPARO, T. S. "Notes on countermovements and conservative lawyering". *Op. Cit*. p. 36

da FPE defendem que caberia tão somente ao Congresso regulamentar as relações entre pessoas do mesmo sexo[978].

Todavia, a crítica à atuação judicial na defesa de dos direitos LGBT e outras pautas liberais não deve impressionar. Como vimos, o *backlash* conservador se preocupa primordialmente com o conteúdo das decisões políticas, e não com os agentes que as adotaram. Neste sentido, não é crível que a oposição às uniões homoafetivas decorra do fato de que seu reconhecimento se deu por meio do Judiciário, sendo os argumentos de ordem formal mero subterfúgio argumentativo.

A oposição aos pleitos LGBT independe das arenas nos quais estes são promovidos. Assim, em primeiro lugar, foi justamente toda a estratégia de oposição montada no âmbito do Legislativo que fez com que o movimento LGBT passa-se a entendê-lo como uma "carta fora do baralho", e recorresse aos tribunais. Ademais, o *backlash* da FPE e outros setores conservadores é praticamente certo em relação a qualquer política pública ou medida adotada pelo Executivo na defesa dos direitos LGBT[979]. Assim, por exemplo, o episódio do material didático do projeto "Escola Sem Homofobia"[980] e o projeto de decreto legislativo nº 395/2016, de autoria do Deputado João Campos (PRB/GO), que pretende sustar o Decreto Federal nº 8.727/2016, que regulamente o uso do "nome social" por pessoas trans junto à administração pública federal[981]. Diante deste quadro, percebe-se, então, que não é somente a atuação judicial que tem o condão de gerar *backlash*; mas também a atuação de membros do próprio Legislativo, do Executivo ou de mesmo outras entidades, como conselhos profissionais[982].

5.2.2. Principais projetos reativos à judicialização dos Direitos LGBT

Em que pese o *backlash* das forças do conservadorismo religioso instaladas no Congresso Nacional poder atingir qualquer agente que atue de forma favorável às demandas

---

978 TAVARES, I. F. D. "Razões religiosas na esfera pública". *Op. Cit.*, p. 129. Os mesmos argumentos foram lançados, como visto, para atacar a Resolução nº 175/2013 do CNJ.

979 SANTOS, G. G. C. "Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, p. 181.

980 Vide nota de rodapé nº 170.

981 A justifica do projeto envolve somente argumentos de ordem formal, destacando a competência exclusiva do legislativo para regular a matéria "atinente a nomes, sua alteração ou abreviatura".

982 Assim, uma das pautas centrais do período em que o Deputado Marcos Feliciano (PSC/SP) fico à frente da Comissão foi a impulsão do Projeto de Decreto Legislativo nº 234/11 (apelidado de "cura gay"), de autoria do Deputado João Campos (então PSDB/GO), que pretendia sustar os dispositivos da Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia que preveem a punição de psicólogos que ofereçam tratamentos de reversão de orientação sexual. Embora tenha chegado a ser aprovado na comissão, o projeto acabou enterrado em plenário em 2013, como parte da "agenda positiva" de resposta às manifestações de junho daquele ano . O episódio revela, entretanto, a instabilidade das conquistas em torno dos direitos LGBT..

LGBT, é verdade que boa parte desta reação tem tido por alvo o Judiciário e o STF em especial. Assim, as decisões do STF em temas moralmente controvertidos caros à FPE, como aborto e direitos homossexuais, despertaram, como visto, uma crítica ao seu "ativismo judicial". Na presente seção serão analisados os principais projetos dentro do legislativo que refletem esse *backlash*. Como analisado anteriormente, o *backlash* pode ter por objetivo a reversão da decisão adotada ou um ataque institucional ao órgão que a adotou, visando o seu enfraquecimento ou mudança de perfil, e a FPE tem promovido iniciativas de ambos os tipos.

Todavia, inicialmente é importante analisar a ideia de "ativismo judicial". Embora relacionada à judicialização da política, as duas noções não se confundem; para Barroso, enquanto esta seria um fato decorrente do desenho institucional brasileiro, aquele resultaria da adoção por parte de juízes e tribunais de uma postura mais proativa[983]. Em sentido semelhante, Campos entende o ativismo como o "exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos"[984]. Assim, é possível que a adoção de uma postura mais ousada ou enérgica por parte do Judiciário seja desejada em algumas circunstâncias (p. ex. para proteger direitos fundamentais de minorias), enquanto outras situações demandariam uma postura mais autocontida (p. ex. análise de políticas econômicas adotadas pelos poderes políticos), o que resultaria em ativismos "bons" e "ruins"[985]. Em sentido oposto a este entendimento, entretanto, a ideia de "ativismo judicial" é manejada pelos congressistas conservadores em sentido eminentemente negativo, sendo utilizada como artifício retórico para retratar um suposto menoscabo do Judiciário em relação ao Legislativo e suas competências[986].

Até o momento, o STF somente se pronunciou em definitivo em duas questões envolvendo os direitos LGBT, a união homoafetiva (ADPF nº 132 e ADI nº 4277) e o crime militar de pederastia (ADPF nº 291). O segundo caso, entretanto, teve reduzida repercussão, seja pela aplicabilidade limitada, seja pela timidez dos efeitos produzidos pela decisão. Assim, da mesma forma que a mídia deu pouca atenção ao caso, a FPE não esboçou reação ao julgamento.

---

983 BARROSO, L. R. "Constituição, democracia e supremacia judicial". *Op. Cit.*, pp. 246-247.
984 CAMPOS, C. A. A. "Explicando o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal". *Op. Cit.* pp. 352-353.
985 MENDONÇA, E. "A constitucionalização da política". *Op. Cit.*. pp. 34 *et seq.*
986 Segundo Campos, "é certo que a Corte toma algumas decisões cruciais que provocam críticas pontuais, no sentido de ela estar excedendo à sua competência, invadindo o campo de ação dos poderes políticos e mesmo criando ao invés de aplicas as leis. [...] São críticas particulares que, normalmente, vêm de bancadas representativas de segmentos específicos da sociedade, máxime as bancadas religiosas [...]" (CAMPOS, C. A. A. "Explicando o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal". Op. Cit. pp. 391-392)

Por outro lado, a decisão acerca do reconhecimento das uniões homoafetivas foi objeto de resistência desde o primeiro momento. Assim, ainda em 2011, o Deputado Federal João Campos (então PSDB/GO), ex-presidente da FPE, apresentou o Projeto de Decreto Legislativo nº 224/2011, que pretendida sustar os efeitos da decisão, "anulando-se todos os atos dela decorrentes", mas que restou arquivado em janeiro de 2012. Os argumentos apresentados na sua justificativa eram de ordem exclusivamente formal, envolvendo basicamente a ideia de que o STF teria usurpado a competência do legislador e promovido verdadeira alteração do texto constitucional sob pretexto de interpretá-lo.

Entretanto, a iniciativa mais importante e abrangente nesse sentido é o PL 6583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), membro da FPE, apresentado em 16.10.2013, e que dispõe sobre o "Estatuto da Família". A medida tem por objetivo não apenas desconstituição da decisão do STF e posterior resolução do CNJ, prevendo que apenas a união entre um homem e uma mulher seria considerada como uma família[987], mas garantir a firme atuação do Estado na defesa deste modelo tradicional de família, heteronormativo e patriarcal. O projeto parte da ideia de que a entidade familiar é um fim em si mesmo, que deve ser tutelado independentemente dos direitos dos seus integrantes. Assim, uma série de dispositivos do projeto coloca a garantia da continuidade da entidade familiar como um objetivo a ser defendido prioritariamente[988]. O projeto prevê a inclusão de uma nova disciplina obrigatória no currículo do ensino fundamental e médio denominada "Educação para a família"[989] e cria a obrigação de o "Dia Nacional da Valorização da Família" ser celebrado em todas as escolas, com a promoção de atividades relacionadas[990]. Neste sentido, o projeto se choca frontalmente com a justificativa apresentada pelos próprios parlamentares evangélicos para criticar as medidas de combate à homofobia no ambiente escolar de que os temas de ordem moral competiriam à cada família,

---

[987] "Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". (grifos no original)

[988] Assim, por exemplo, "Art. 6º, § 2º Incumbe ao Poder Público assegurar, com absoluta prioridade no atendimento e com a disponibilização de profissionais especializados, o acesso dos membros da entidade familiar a assistentes sociais e psicólogos, sempre que a unidade da entidade familiar estiver sob ameaça."e "Art. 9º É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais, em qualquer instância, em que o interesse versado constitua risco à preservação e sobrevivência da entidade familiar, devendo a parte interessada justificar o risco em petição endereçada à autoridade judiciária

[989] "Art. 10 Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter em sua base nacional comum, como componente curricular obrigatório, a disciplina "Educação para família", a ser especificada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, de acordo com as características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela."

[990] "Art. 13 O Dia Nacional de Valorização da Família, que ocorre no dia 21 de outubro de cada ano, nos termos da Lei nº 12.647/2012, deve ser celebrado nas escolas públicas e privadas com a promoção de atividades no âmbito escolar que fomentem as discussões contemporâneas sobre a importância da família no meio social."

não devendo, portanto, o poder público incluí-los no currículo escolar. O "Estatuto da Família" pretende, entretanto, justamente que as escolas assumam expressamente "um lado" nessa contenda, o da defesa de um modelo único de família.

Em que pese a polêmica do projeto, a Comissão Especial criada para debater a proposta é formada quase integralmente por membros da FPE[991], e as cinco audiências públicas realizadas até o momento para debater o projeto foram marcadas pela proliferação de falas e atores religiosos[992]. Por outro lado, o "Estatuto das Famílias" rapidamente produziu intenso debate social[993] e reação dos setores progressistas. Assim, por exemplo, dentro do Congresso, o Deputado Orlando Silva (PCdoB/SP) apresentou em outubro de 2015 o PL nº 3369/2015, que visa instituir o "Estatuto das Famílias do Século XXI", para garantir os direitos da família homoafetiva[994].

A justificativa do projeto, embora não faça referência expressa às famílias homoafetivas, indica em uma série de passagens que este é o tema central de preocupação, relatando as ameaças contemporâneas que visam desconstruir à família e defendendo que somente a família heterossexual poderia efetivamente promover a felicidade e bem-estar de seus integrantes[995]. O parecer do relator Deputado Ronaldo Fonseca (PROS/DF), também membro da FPE, na comissão especial criada para debater o projeto de lei, entretanto, é mais extenso, e apresenta uma série de considerações sobre a atuação indevida do STF[996]; a diferenciação da "família"

---

[991] AQUINO, Júlia Curvina. Estatuto da Família: a atuação da Frente Parlamentar Evangélica na contramão de direitos a homossexuais. (Trabalho de Conclusão de Curso). Departamento de Serviço Social. Universidade de Brasília, 2015, p. 46.

[992] *Ibidem*, p. 51.

[993] Assim, a enquete que questionava a opinião dos internautas sobre o tema se tornou a recordista de acessos no site da Câmara dos Deputados, com mais 4,5 milhões de votos. Lideranças religiosas estimularam os fieis a participar da votação (*Ibidem*, p. 41).

[994] "Art. 2º São reconhecidas como famílias todas as formas de união entre duas ou mais pessoas que para este fim se constituam e que se baseiem no amor, na socioafetividade, independentemente de consanguinidade, gênero, orientação sexual, nacionalidade, credo ou raça, incluindo seus filhos ou pessoas que assim sejam consideradas."

[995] "Conquanto a própria carta magna tenha previsto que o Estado deve proteger a família, o fato é que não há políticas públicas efetivas voltadas especialmente à valorização da família e ao enfrentamento das questões complexas a que estão submetidas às famílias num contexto contemporâneo. São diversas essas questões. Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo *à desconstrução do conceito de família, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo*.[...] *A família vem sofrendo com as rápidas mudanças ocorridas em sociedade*, cabendo ao Poder Público enfrentar essa realidade, diante dos novos desafios vivenciados pelas famílias brasileiras [...] O estatuto aborda questões centrais que envolvem a família. Primeiro propugna duas ideias: *o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher*, ao estabelecer o conceito de entidade familiar; a proteção e a preservação da unidade familiar, ao estimular a adoção de políticas de assistência que levem às residências e às unidades de saúde públicas profissionais capacitados à orientação das famílias." (grifou-se)

[996] "A realidade que temos hoje, são união estável e casamento civil de pessoas do mesmo sexo, não abarcados pelo art. 226 da CF, mas sustentados por decisão do STF e CNJ, recebendo o status de família 'homoafetiva'. O nosso voto não tem a pretensão de confrontar sistematicamente a decisão do STF, mas com todo respeito ao Excelso Tribunal, ficarei restrito ao mandamento constitucional do art. 226 e seus parágrafos, por entender que a

das "relações de mero afeto", com base na possibilidade de procriação; a ideia de que, embora o Estado seja laico, devem ser reconhecidos os "valores da maioria dos brasileiros"; e os danos que as crianças sofreriam ao serem criadas em famílias formadas por dois homens ou duas mulheres, por meio do reforço do discurso patologizante[997].

O discurso dos parlamentares em entrevistas e pronunciamentos em defesa do projeto envolvem argumentos de ordem jurídica e religiosa-moral. Assim, ao mesmo tempo em que defendem que o mesmo estaria mais de acordo com a Constituição do que a decisão do STF, uma vez que a literalidade daquela não englobaria os casais homoafetivos[998], buscam fortalecer o estigma da homossexualidade, reforçando o seu caráter pecaminoso ou antinatural, e a família heterossexual como única saudável e em acordo com às "leis de Deus".

O "Estatuto da Família", como visto, pretende desautorizar a interpretação constitucional do STF, por meio de dispositivos que buscam anular os efeitos da sua decisão para retornar a um "*status quo ante*". Ainda que tal possibilidade por meio de mera lei infraconstitucional seja contestada[999], a questão principal aqui é o "desafio de forças" lançado pelos setores conservadores. Como visto, é possível argumentar que uma decisão unânime e tão ampla deixou os opositores do reconhecimento dos direitos da família homoafetiva sem uma "tábua de salvação", o que aumentaria os riscos de reação ao STF. Por outro lado, tendo em vista o transcurso do tempo e a quantidade de situações jurídicas estabilizadas em torno da ideia das uniões entre pessoas do mesmo sexo, bem como os direitos envolvidos, parece razoável supor que mesmo que o projeto vingue, vai terminar fulminado pelo STF, reafirmando sua decisão anterior. Tal hipótese, por outro lado, demonstraria a intensa disputa existente entre as

---

decisão de criar a 'família homoafetiva' não foi interpretativa, mas inovou, criando lei, data vênia, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional. Por outro giro, não se pode modificar texto constitucional por lei ordinária, restringindo assim este relator, a ficar adstrito à literalidade do texto constitucional. Tenho consciência das transformações sociais e culturais que proporcionam a existência de diferentes arranjos familiares, já atendidos pela Constituição, o que não se pode dizer das tais "famílias homoafetivas".

[997] "Ademais, o advento da concessão pelos Tribunais da 'adoção homoafetiva', desconsidera o fato de que o tema dos pares homossexuais formando famílias, ainda não está pacificado na sociedade. Trazer a criança para o meio de um furacão é no mínimo desprezo à proteção dos direitos desse menor, que sofrerá consequências enormes. Em verdade, despido de qualquer preconceito, mas na busca de construir um conceito alicerçado em análise científica e comportamental, analisando trabalhos científicos, observa-se que, a despeito de ter sido retirado o termo homossexualismo da relação de doenças da OMS há 21 anos, tal atitude não proveio de estudos científicos cabais que fizessem considerar tal comportamento como normal. Ainda são feitos trabalhos científicos que apontam comportamentos ligados ao homossexualismo como relacionados a distúrbios, objeto de estudo na medicina. Como tais assuntos não estão cabalmente definidos pela academia científica, não se pode subordinar a direção da vida de crianças a potenciais riscos. Deve-se reconhecer o papel fundamental que a existência do convívio com a figura do pai e da mãe têm para o bom desenvolvimento da criança e da própria sociedade; algo observável pelos séculos, testado pela sociedade e amplamente reconhecido como algo bom"

[998] AQUINO, J. C. Estatuto da Família. *Op. Cit.*, p. 44.

[999] Vide nota de rodapé nº 650.

forças mais conservadores encasteladas do Congresso Nacional e as posturas ocasionalmente progressistas do Tribunal.

Esta disputa, por outro lado, envolve mais do que as sucessivas e sistemáticas tentativas de desconstituir decisões do STF que não sejam do agrado de setores do Congresso, mas também proposições que visam impedir que o tribunal adote medidas indesejadas no futuro, alterando o equilíbrio de forças entre os Poderes para debilitá-lo. As principais medidas nesse sentido são o PL nº 4754/2016 e as PECs nº 33/2011 e nº 99/2011. As propostas têm em comum o tom crítico em relação a um "ativismo judicial" do STF, que estaria "roubando" o papel institucional do Legislativo, diante do qual pretendem alterar o sistema de freios e contrapesos em desfavor do Judiciário. Neste sentido, as propostas se inserem numa escalada da tensão entre os poderes.

O PL 4754/2016 foi apresentado pelo Deputado Federal Sóstenes Cavalcante (então PSD/RJ, atualmente DEM/RJ), tesoureiro da FPE e presidente da Comissão Especial que analisa o "Estatuto da Família"[1000]. A proposta visa alterar o art. 39 da Lei nº 1.079/50 ("Lei do Impeachment"), que prevê as hipóteses de crimes de responsabilidade dos Ministros do STF, para acrescentar uma sexta hipótese ao rol: "usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo". O parecer do relator Marcos Rogério (DEM/RO) faz uma extensa análise dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, descrevendo a ocupação dos espaços decisórios dos demais poderes pelo STF em razão de uma "jurisprudência criativa – e não raramente audaciosa"; aponta os riscos decorrentes do "decisionismo judicial"; e visa valorizar a atuação do Legislador e do Executivo como intérpretes legítimos da Constituição.

Em que pese o embasamento teórico do parecer apresentado, e o evidente mérito de debater os limites da atuação judicial frente aos outros Poderes, é certo que a proposta tem objetivos claros: dos 28 deputados que a assinaram, 18 são membros da FPE, além de outros deputados ligados à "bancada da bala", diante do debate sobre descriminalização das drogas (RE nº 635.659). Segundo Sóstenes Cavalcante, em razão do número de indicados pelo PT, os Ministros estariam "extrapolando suas atribuições" na defesa de uma "ideologia de esquerda"[1001]. É fácil perceber, com efeito, que o projeto visa acuar os ministros, colocando-os sob risco de impeachment caso decidissem temas de maneira desfavorável aos interesses do

[1000] MEDEIROS, Étore. Bancada evangélica propõe projeto para destituir ministros do STF por 'usurpação de poder". *El País*, publicado em 05 abr. 2016. Política. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/01/politica/1459462442_493338.html>. Acesso em 11 out. 2016.
[1001] *Ibidem.*

Congresso e das forças conservadoras ali instaladas, o que teria o condão de enfraquecer a possibilidade de uma atuação contramajoritária por parte do órgão.

A PEC nº 33/2011, por sua vez, é de autoria do Deputado Nazareno Fonteles (PT/PI), conhecido por suas propostas polêmicas[1002]; embora o deputado não integre a FPE, é identificado com a "bancada católica", com a qual os evangélicos costumam ter atuação conjunta. Ademais, a partir dos julgamentos das uniões homoafetivas e da possibilidade de aborto dos fetos anencéfalos, o projeto ganhou apoio da FPE, que passou a ser um dos seus principais patrocinadores.

A proposta é a mais ampla e agressiva iniciativa no tocante à redistribuição de forças dentro do sistema de Separação de Poderes, visando implementar uma série de mudanças no texto constitucional. A mais abrangente é a alteração do art. 97 da Constituição, para prever maioria qualificada de 4/5 dos membros dos órgãos judiciais colegiados para declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público, de forma que seriam necessários, então, os votos de nove ministros do STF para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma. Pretende, ainda, submeter os efeitos das decisões em sede de controle abstrato que declarem a inconstitucionalidade material de emendas constitucionais à concordância do Congresso Nacional, que poderá rejeitá-los pela maioria qualificada de 3/5. Neste caso, a decisão final seria remetida à população, por meio de consulta popular[1003]. A medida propõe, ainda, reduzir significativamente a liberdade na edição de súmulas vinculantes, elevando o número de ministros necessários para a sua proposição, determinando que o texto deverá guardar "estrita identidade com as decisões precedentes", e, principalmente, prevendo que somente produzirão após a sua aprovação pelo Legislativo[1004].

[1002] É de sua autoria , por exemplo, o Projeto de Lei Complementar nº 137/2004, que visava a criação da "poupança fraterna", medida que limitaria o consumo individual a dez vezes a renda per capita mensal média dos brasileiros. O excedente seria depositado em uma "poupança" especial para uso do poder público e seria devolvida em 14 anos. A medida foi alvo de crítica generalizada e utilizado na campanha presidencial de 2006 contra o candidato à reeleição Lula, do mesmo partido do deputado.
O Deputado é autor, ainda, de outra PEC que pretende intervir na relação entre o Judiciário e o Legislativo: a PEC nº 3/2011, que tem por objeto a alteração do inciso V do art. 49 da Constituição, para possibilitar que o Congresso Nacional possa sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa não apenas do Poder Executivo, mas também do Judiciário.

[1003] "Art. 102, § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.
§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos."

[1004] "Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após

A justificativa do projeto descreve uma situação de ativismo judicial pelo qual "os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador". Neste sentido, descreve que a "hipertrofia do Judiciário" estaria deslocando, "em prejuízo da democracia", o debate de questões sociais fundamentais para os tribunais, que passariam a ser decididas sem o exame do Congresso Nacional[1005]. Diante deste cenário, aduz ser necessário "resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo".

Como se pode perceber, a medida teria o condão de reduzir drasticamente o escopo do controle abstrato de normas, tornando-o muito mais difícil, em razão da nova maioria, e condicionando o resultado no caso das emendas constitucionais à concordância do legislador e, eventualmente, do eleitorado. A proposta, então, foi alvo imediato da crítica de diversos juristas[1006], tendo-se cogitado de sua inconstitucionalidade por violação à cláusula pétrea de separação de poderes (art. 60, § 4º, III)[1007]. Alguns autores, entretanto, buscaram destacar os aspectos positivos que a consulta popular no caso de declaração de inconstitucionalidade de

---

aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.
§ 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação. [...]
§4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.
§5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita."

[1005] Interessante notar que a justificativa apresenta como exemplos "a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais [ADPF nº 186], a questão das células tronco [ADI nº 3510]". Embora tais julgamentos efetivamente tenham ganho bastante destaque na mídia e no debate social, é questionável se efetivamente retratariam a situação atacada. Em primeiro lugar, nenhum dos dois representou uma atuação contramajoritária no sentido bickeliano, uma vez que em ambos os casos as decisões das instâncias políticas foram avalizadas. Com efeito, no caso das células troncos, o STF privilegiou o entendimento formulado pelo próprio legislador, declarando a constitucionalidade dos dispositivos impugnados da Lei nº 11.105/05 ("Lei de Biossegurança"). No caso das cotas raciais, além de a norma interna da UnB que regulou a política de ação afirmativa na universidade ter sido declarada válida, o próprio legislador acabou adotando a interpretação constitucional que se sagrou vencedora no tribunal, por meio da edição da Lei nº 12.711/12 ("Lei de Cotas").

[1006] Conforme relato por Giannetti, o Ministro Gilmar Mendes declarou à imprensa sobre a proposta: "eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo" (GIANNETTI, Leonardo Varella. "*Judicial Review*: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?". In: *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, 2016, p. 126).

[1007] BOGOSSIAN, Andre Martins; LUCA, Alexandre Corrêa de. "Quem irá nos defender?: patriotismo constitucional e constitucionalismo popular em uma análise da PEC 33/2011". In: *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17, n. 11, 2015, pp. 131-136; GIANNETTI, L. V. "*Judicial Review*". *Op. Cit.*, pp. 126-128. Neste tocante, deve-se ressaltar, por outro lado, que as súmulas vinculantes não estavam previstas no texto original da Constituição de 1988, tendo sido criadas pela EC nº 45/2004 ("Reforma do Judiciário"), de tal maneira que parece plausível sustentar que a possibilidade de conformá-las – ou até mesmo extinguí-las – estaria dentro do âmbito de atuação legítima do constituinte reformador.

emenda material poderia ter para a democracia e para o "patriotismo constitucional", com base na teoria do constitucionalismo popular[1008].

Fato é que a análise da proposta não pode se dar de forma exclusivamente abstrata a partir de teorias desencarnadas – e não raro formuladas tendo por base outros contextos e culturas –, sem se levar em consideração a realidade concreta em que pretende incidir e, principalmente, os interesses que estão por trás da medida. Com efeito, como visto, parte importante da motivação política deste empreendimento de debilitação do STF diz respeito à sua atuação na proteção de direitos fundamentais de grupos minoritários, como a população LGBT, diante de um Congresso refratário às suas demandas. Assim, a restrição tão profunda do controle de constitucionalidade abstrato poderia produzir um esfacelamento desta possibilidade de proteção judicial.

Finalmente, passa-se a analisar a PEC nº 99/2011, de autoria do Deputado João Campos (então PSDB/GO). A proposta tem um escopo muito reduzido em relação à anterior, visando meramente possibilitar o acesso direto ao controle concentrado pelas igrejas, por meio do acréscimo no rol do art. 103, que prevê os legitimados para propor ADIN e ADC, de um novo inciso, conferindo tal poder as "associações religiosas de âmbito nacional".

A exígua justificativa apresentada à PEC é basicamente um relato histórico do *status* privilegiado de que a Igreja Católica gozava até o advento do Estado laico na aurora da República e do crescimento do movimento evangélico no Brasil, bem como no seu mérito na consolidação de princípios cerne da Constituição. O parecer apresentado na comissão especial criada para discutir a PEC pelo relator Deputado Bonifácio de Andrada (PSDB/MG), entretanto, é mais substancial: defende que a medida contribuiria para o processo iniciado pela Constituição de 1988 de expansão do acesso ao controle de constitucionalidade concentrado e destaca a importância das associações religiosas na sociedade brasileira[1009].

A iniciativa representa em certa medida uma resposta das igrejas à percepção de que o STF não estaria dando a devida atenção às suas cosmovisões, pugnando pela possibilidade de intervirem diretamente junto ao Tribunal. Ademais, considerando que cada vez mais as questões

---

[1008] BOGOSSIAN, A. M.; LUCA, A. C. "Quem irá nos defender?". *Op. Cit., passim*; GIANNETTI, L. V. "*Judicial Review*". *Op. Cit.*, pp. 134-141.

[1009] "Assim sendo, mostra-se altamente recomendável que a estes proponentes da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade se acrescentem os representantes dos setores religiosos, das diversas religiões do País, porque não se pode ignorar a presença e a importância desses grupos dentro da sociedade brasileira. É justo que estes segmentos tenham também o direito de provocar a Suprema Corte do País para levar reivindicações contrárias àquelas leis que conflitam com a Constituição Federal e podem trazer dificuldades, ou mesmo prejuízos, para as suas atividades, que são parte da sociedade. Ignorar a importância, a presença, a atuação e a influência dos movimentos religiosos da sociedade é, na verdade, não levar em conta um dos elementos decisivos e primordiais para a vida do cidadão."

definitivas da vida nacional são decididas pelo STF, e não pelo Congresso, o projeto retrata a busca de inserção também nesse espaço de poder pelas entidades religiosas[1010], em consonância com a noção de laicidade pugnada pela FPE, segundo a qual os grupos religiosos seriam apenas mais um grupo de pressão social, que deve ter acesso às arenas políticas decisórias em pé de igualdade com os movimentos e grupos não religiosos.

A PEC foi objeto de críticas a partir da ideia de que conferir tal prerrogativa a grupos religiosos feriria a laicidade do Estado e a própria democracia[1011]. Por outro lado, deve-se considerar que quando uma instituição religiosa se manifesta em um processo judicial, o faz não com base em dogmas e argumentos religiosos, e sim com base no direito. Neste sentido, as manifestações da CNBB como *amicus curiae* na ADI nº 3510 (pesquisas e terapia com células tronco) e nas ADI nº 4277 e ADPF nº 132 (uniões homoafetivas) foi formulada em termos jurídico-constitucionais, traduzindo suas cosmovisões religiosas em uma linguagem juridicamente aceitável. Como analisado no primeiro capítulo, ademais, tal circunstância sequer é peculiar às instituições religiosas, uma vez que todos os indivíduos e grupos sociais devem apresentar processualmente seus argumentos em uma linguagem específica, técnica e jurídica, dentro da qual, igualmente, os juízes deverão fundamentar suas decisões[1012].

Outra crítica feita à proposta diz respeito ao seu "direcionamento" cristão, em razão do requisito de que a associação religiosa possua "âmbito nacional". Tal exigência, que também consta do inciso IX do art. 103 da Constituição, é objeto de uma restritiva e exigente interpretação pelo STF, conforme analisado anteriormente. Neste sentido, questiona-se se a medida seria capaz de produzir o acesso ao STF de religiões minoritárias e estigmatizadas, como aquelas de matriz afro-brasileira, o que seria problemático do ponto de vista do princípio da isonomia. Assim, é razoável supor que somente entidades religiosas com um nível elevado de organização e força conseguiriam cumprir o requisito, de forma que o novo inciso franquearia o acesso basicamente às igrejas cristãs mais expressivas[1013]. Diante deste

---

[1010] MACHADO, Igor Suzano; COSTA, Ana Paula; DUARTE, Bruno Monteiro. "PEC 99/11: a tensa relação entre religião e política chega à política judicializada". *I Congresso Nacional de Ciências Sociais,* Universidade Federal do Espírito Santo, 2015, p. 4.

[1011] *Ibidem*, p. 7.

[1012] Ademais, na eventualidade de a PEC vir a ser aprovada, é provável que o STF tome as associações religiosas como legitimados especiais que precisarão demonstrar "pertinência temática" em cada caso. Assim, caso o STF entenda que estas associações poderão acionar o controle abstrato apenas para debater questões relativas ao funcionamento das entidades religiosas (separação do Estado e religião, imunidade tributária, etc.) e direitos fundamentais dos seus fiéis (liberdade de culto, vedação da discriminação religiosa, etc.), o argumento de lesão à laicidade fica sensivelmente enfraquecido.

[1013] Com efeito, a justificativa da PEC traz como exemplos de eventuais futuros legitimados somente entidades cristãs: "Após bom debate, a Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional deliberou por apresentar proposta de Emenda à Constituição objetivando inserir Associações Religiosas de caráter nacional (exemplo: CGADB - Convenção Geral das Assembléias de Deus no Brasil, CONAMAD - Convenção Nacional das

diagnóstico, indaga-se se a PEC nº 99/2011 produziria uma mudança concreta no tocante ao acesso ao STF, ou seja, se as entidades religiosas que seriam beneficiadas já não possuem condições de deflagrar a jurisdição constitucional abstrata. Com efeito, seus interesses encontram razoável guarida na atuação de legitimados *de lege lata*, como partidos políticos, uma vez que certas legendas possuem forte conotação religiosa cristã. Assim, por exemplo, a ADI nº 4966, que questiona a constitucionalidade de Resolução nº 175/2013, foi proposta pelo PSC.

Neste sentido, a PEC parece realizar, na verdade, tão somente uma tímida ampliação do acesso à jurisdição abstrata, criticável pela limitação de seu escopo, por contemplar apenas uma parcela reduzida da sociedade civil, deixando de fora outros grupos e movimentos sociais, além de potencialmente parte relevantes das próprias entidades religiosas.

Assembléias de Deus no Brasil Ministério Madureira, CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Supremo Concílio da Igreja Presbiteriana do Brasil, Convenção Batista Nacional, Colégio Episcopal da Igreja Metodista, etc.) no rol do art. 103 da Constituição Federal e, para tanto, apresentamos a seguinte justificação."

CONCLUSÃO

A presente seção tem uma dupla intenção. Em primeiro lugar, revisitar sucintamente os temas abordados ao longo do trabalho, explorando as conclusões que foram formuladas a partir das discussões enfrentadas. Em segundo lugar, apresentar algumas estratégias e caminhos que visam a mitigar parte das limitações e dificuldades do uso do Judiciário e do STF em especial para a promoção de demandas LGBT. A escolha pela inclusão destas considerações de ordem mais propositiva nesta parte final decorre do fato de que resultam de um "aprendizado" em relação às possibilidades e contingências da judicialização trabalhadas ao longo de todo o estudo. Assim, como visto, a judicialização de um determinado item da pauta LGBT junto ao STF detém um potencial de transformação evidente: um julgamento positivo pode produzir consequências jurídicas concretas em relação aquele determinado direito; assim, por exemplo casais do mesmo sexo passaram a ser reconhecidos como entidades familiares após o julgamento do STF. Por outro lado, conforme analisado ao longo de todo o presente trabalho, a atuação judicial não ocorre no "vácuo" e um julgamento favorável aos direitos LGBT não é o único desfecho possível da judicialização. Significa dizer, a atuação do STF e do Judiciário de forma geral se submete à contingências e limitações que devem ser considerados quando da adoção de uma estratégia de judicialização. Mais do que isso, é possível – e desejável – que o movimento LGBT de maneira geral adote determinadas estratégias com vistas a reverter ou ao menos atenuar estas limitações.

O presente trabalho buscou analisar de maneira crítica o recurso à litigância como estratégia de promoção de demandas políticas a partir do caso da judicialização dos direitos LGBT junto ao STF. Este processo é simultaneamente causa e consequência do que a literatura estrangeira e nacional vêm denominando de "judicialização da política" para retratar o crescente protagonismo institucional do Judiciário em face dos demais poderes na solução das questões centrais da vida política e social. A judicialização da política é produzida por uma gama complexa de fatores de múltiplas ordens, dentre os quais a crise de representatividade das instâncias políticas tradicionais e a própria utilização das cortes pelos movimentos políticos como forma de avançar sua agenda.

Assim, buscou-se num primeiro momento abordar os sentidos da luta empreendida pelo movimento LGBT, enquanto um movimento social "guarda-chuva" constituído por diversas identidades e experiências ligadas à orientação sexual e à identidade de gênero. A partir da análise das distintas fases do processo de formação histórica do movimento LGBT brasileiro,

buscou-se reconhecer sua progressiva aproximação com o Estado, que se torna um parceiro importante e o principal destinatário das suas demandas. Com efeito, a crescente profissionalização do movimento levou à reestruturação de suas bandeiras a partir de um discurso baseado na gramática dos direitos, principalmente por meio da defesa de uma leitura das normas constitucionais alinhada com os seus interesses e visões de mundo. As estratégias e caminhos para a luta social abandonaram progressivamente a noção de uma contestação cultural ampla e radical, que rechaçava a potencialidade do Direito como agente emancipatório, e passaram à adoção pragmática dos itinerários institucionais de transformação do ordenamento jurídico, tornando o trabalho dos juristas e a técnica jurídica cada vez mais importantes para o movimento.

Assim, as suas principais bandeiras atuais (casamento igualitário, criminalização da homofobia e as demandas de pessoas trans) envolvem o reconhecimento formal de direitos dentro da ordem jurídica existente. O Direito converte-se, portanto, em uma arena privilegiada para atuação do movimento e promoção da transformação social por ele pretendida. Ademais, as próprias estratégias para a defesa, conquista e preservação destas demandas são realizadas primordialmente por meio dos canais institucionais. Por outro lado, diante de uma atuação do Congresso Nacional marcada no tema dos direitos LGBT pelo "imobilismo" e "conservadorismo"[1014], esta arena deixa de ser entendida como viável, e novos caminhos de reivindicação são buscados, o que ajuda a explicar a crescente submissão da pauta LGBT ao Judiciário, inclusive em temas nos quais sua legitimidade para atuar é questionável, como o caso da criminalização da homofobia.

Por outro lado, este processo está longe de ser uma idiossincrasia brasileira. Como vimos, a pauta dos direitos LGBT dentro do direito constitucional surge de forma relativamente recente, envolvendo um processo de intenso intercâmbio de experiências jurídico-judiciais entre os países. Diante deste quadro, a análise da experiência comparada ganha relevância, na medida em que permite o exame de limitações e potencialidades que podem se reproduzir em outros contextos.

Assim, inicialmente foi o examinado o caso dos EUA e o litígio em torno do tema do casamento entre pessoas do mesmo sexo a partir dos anos 1990. A experiência americana é rica ao retratar que o avanço dos direitos nem sempre segue um caminho em linha reta, sendo formado por zigue-zagues, curvas e desvios ou mesmo recuos e retrocessos. Neste sentido, importante para desconstruir qualquer noção de inevitabilidade histórica ou de irreversibilidade.

[1014] CARRARA, Sérgio. "Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo". In: *Bagoas*, n. 5, 2010, p. 136.

Com efeito, a mobilização e progressivo avanço no tema produziram um intenso e organizado contramovimento, que se organizou para buscar refrear o seu avanço e reverter as decisões favoráveis. No seguimento, analisou-se o caso da Colômbia, para verificar de que maneira determinados arranjos institucionais no tocante ao acesso à jurisdição constitucional podem gerar mais janelas de oportunidade para atuação da litigância estratégica e produzir uma jurisprudência mais rica em termos de proteção dos direitos fundamentais de minorias, principalmente daquelas mais estigmatizadas. Finalmente, o caso da Argentina foi examinado, para retratar que mesmo naqueles casos em que uma determinada demanda não seja diretamente assegurada por meio do Judiciário, ainda assim a judicialização pode ter impactos indiretos importantes, produzindo pressão política sobre os demais poderes para que ajam, especialmente quando combinada com estratégias para maximizar as suas consequências para o debate público.

No terceiro capítulo, passou-se a análise das possibilidades de acesso ao STF, na medida em que se trata da primeira etapa e pressuposto lógico para a judicialização enquanto estratégia política atraente. Com efeito, se não houverem instrumentos processuais eficazes para a tutela de direitos fundamentais ou se as hipóteses de acesso a um determinado tribunal forem excessivamente restritas, a litigância estratégica perde sua potencialidade transformativa. Com base nesta premissa, buscou-se analisar o grau de abertura do STF às demandas LGBT, a partir da possibilidade de um determinado tema ser submetido ao seu conhecimento e a capacidade do movimento LGBT apresentar ao órgão suas interpretações constitucionais.

Inicialmente foi analisado o acesso ao controle abstrato, para verificar que, se por um lado a Constituição de 1988 expandiu sensivelmente à legitimidade para a propositura das ações diretas, por outro esse acesso permaneceu concentrado aos agentes do próprio Estado. Ademais, o dispositivo central que previa o acesso da sociedade civil foi objeto de leitura restritiva e esterilizante, tendo o STF desenvolvido uma interpretação da expressão “entidade de classe” que teve por efeito impedir o acesso direto do movimento LGBT organizado à jurisdição concentrada. Diante deste cenário, a veiculação dos direitos LGBT junto ao órgão ficou condicionada ação dos demais legitimados, o que produz uma série de dificuldades. Neste sentido, este processo importa não apenas na perda de protagonismo dos sujeitos sobre os seus próprios direitos, mas coloca-os à mercê do entendimento e sensibilidade pessoal dos agentes eventuais que ocupem o cargo de um legitimado.

Com efeito, a questão do acesso ao controle abstrato é um tema político de alta relevância, havendo uma série de propostas de reforma do texto constitucional que visam a

expandir o rol do art. 103, como a própria PEC nº 99/2011[1015]. Por outro lado, deve ser destacado que as restrições de acesso a entidades como a ABGLT decorre de mera interpretação do STF, podendo sua modificação se dar *de lege lata*[1016]. Esta interpretação, ademais, é objeto de intensa crítica doutrinária e questionamentos dentro do próprio tribunal. Assim, cabe aos movimentos sociais questionar essa limitação, "forçando a porta de entrada", por meio do ajuizamento de ações diretas que coloquem em xeque o posicionamento do STF, e buscando reabrir o debate quanto à legitimidade junto ao plenário.

No caso do controle concreto, alguns problemas verificados no controle abstrato se repetem, enquanto outros novos se verificam. Assim, em primeiro lugar, a possibilidade de o processo subjetivo ser utilizado para a litigância estratégica em termos de direitos fundamentais pressupõe a existência de mecanismos processuais adequados e efetivos para a sua tutela, o que não se verifica no Brasil, ao menos em termos comparativos com outros ordenamentos, como ocorre com a Colômbia. Por outro lado, em razão da desmobilização da sociedade civil, muitas vezes a proteção dos direitos fundamentais e interesses coletivos depende do próprio Estado, por meio principalmente do Ministério Público. Tal circunstância reproduz dificuldades semelhantes àquelas verificadas no caso do controle abstrato. Ademais, a atuação do *parquet* no tema dos direitos LGBT tem sido errática, tendo se verificado que esta se deu na contramão da garantia dos direitos da diversidade sexual em alguns casos.

Em razão disso, deve-se destacar a problemática resultante da tutela dos direitos fundamentais de grupos minoritários muitas vezes ficar submetida à atuação Ministério Público, que, embora tenha sido central na promoção de uma série de demandas, como por exemplo, a expansão dos direitos previdenciários à casais do mesmo sexo e posteriormente o reconhecimento das uniões homoafetivas, não deve ser romantizada. É necessário que se assegurem mecanismos para que os sujeitos cujos direitos são pleiteados assumam maior protagonismo da sua própria luta judicial, e este processo envolve uma revitalização da

[1015] A maioria destas propostas, entretanto, segue o mesmo padrão de protagonismo de entes e agentes do próprio Estado, prevendo a legitimação de prefeitos municipais (PEC nº 343/2013 da Câmara dos Deputados e PEC nº 65/2013 do Senado Federal); câmaras municipais (PECs nº 438/2005 e nº 469/2010 da Câmara dos Deputados); entidade de representação de municípios de âmbito nacional (PECs nº 36/2009 e nº 73/2015 do Senado Federal); conselhos federais de fiscalização do exercício profissional (PEC nº 187/2003 da Câmara dos Deputados); e Defensor Público-Geral da União (PECs nº 487/2005, nº 144/2007 e nº 350/2013 da Câmara dos Deputados).

[1016] Assim: "a solução central para a questão da amplitude dos legitimados no acesso ao controle abstrato exigiria apenas uma mudança na jurisprudência do STF que foi apresentada. Por essa via, a solução seria superar a interpretação tradicional do artigo 103, IX, da Constituição, que determina que as 'entidades de classe' que são legitimadas para ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade são aquelas que defendem interesses econômicas ou profissionais. Na nova interpretação, estariam incluídas entidades que tivessem o propósito de tutelar direitos fundamentais. Essa mudança teria o importante papel de alterar o 'cardápio' de assuntos possíveis para a Corte, realizando um incremento quantitativo na direção dos casos envolvendo direitos fundamentais" (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 181).

litigância estratégica e do associativismo no Brasil. Assim, em que pese em certa medida ser utópico pretender a organização por parte de sujeitos que sofrem com níveis elevados de estigmatização social para demandar diretamente junto ao STF, verifica-se um processo incipiente de "advocacia de interesse público" no Brasil, muitas vezes por meio de iniciativas lidadas a universidades, que podem atuar como mediadores entre estes sujeitos e as instâncias judiciais. Assim, por exemplo, reitera-se que o RE nº 845.779, que discute a possibilidade do tratamento de pessoas trans em desacordo com o gênero de identificação, foi patrocinado por escritório modelo universitário. Ademais, um processo de revitalização do associativismo e crescimento da "advocacia de interesse público" pode trazer ganhos também na contribuição por meio de *amici curiae* e audiências públicas, em que pese as limitações analisadas destes mecanismos. No supracitado Recurso Extraordinário, por exemplo, dois *amici curiae*[1017] são representados pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ[1018].

Posteriormente, verificou-se a possibilidade de os institutos dos *amici curiae* e das audiências públicas serem utilizados como forma de influenciar as decisões do STF, possibilitando ao movimento LGBT expressar junto ao órgão suas visões de mundo e leituras constitucionais. Em que pese os institutos serem corriqueiramente utilizados pelos Ministros em seus votos e por parte da doutrina constitucional para advogar a abertura e democratização do tribunal, a prática revela uma série de limitações que colocam em xeque a efetividade destes mecanismos e a porosidade do STF à interpretação constitucional feita pelos intérpretes "não formais". Assim, os *amici curiae* e as audiências públicas têm restrita influência, em função, por exemplo, da pouca importância conferida a sua contribuição pelos Ministros e da grande discricionariedade dos relatores para decidir sobre a sua oportunidade[1019].

No seguimento, foram examinados os casos que lograram romper as barreiras no acesso ao STF, tanto aqueles que já foram decididos, quanto os que aguardam julgamento. Inicialmente, verificou-se que a teoria constitucional tradicional defende que caberia à jurisdição constitucional tutelar os direitos fundamentais das minorias, de acordo com o que se

[1017] Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos – CLAM; e o Laboratório Integrado em Diversidade Sexual e de Gênero, Políticas e Direitos – LIDIS

[1018] Trata-se de núcleo universitário que tem por missão promover o engajamento de alunos e professores da Faculdade de Direito da UERJ na defesa dos direitos fundamentais no Brasil, notadamente por meio da prestação de assessoria jurídica especializada e representação processual de entidades da sociedade civil.

[1019] Por este motivo, Nunes entende prescritivamente "uma primeira reforma importante que deve ser tomada para tornar o STF mais permeável às interpretações constitucionais oriundas da sociedade civil é retirar a competência para convocar as audiências do poder exclusivo do Relator e do Presidente. [...] a competência para convocar tais audiências deveria ser uma atribuição do Plenário da Corte, que pode fazê-lo por provocação de qualquer um de seus membros, aprovando a decisão por maioria simples. (NUNES, D. C. Entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania. *Op. Cit.*, p. 213)

convencionou chamar de "função contramajoritária". Esta ideia serviria justamente de justificativa normativa para a judicialização dos direitos LGBT. Tal mister seria possibilitado primordialmente em função da independência judicial, entendida como a separação entre Direito e Política e as garantias institucionais de tribunais e juízes. Por outro lado, verificou-se que este insulamento é apenas relativo, e influências extra-normativas de variadas ordens influenciam o resultado do trabalho judicial, como a subjetividade dos juízes, a dinâmica decisória dos órgãos colegiados, as relações entre os poderes, etc. Dentre estes fatores, a opinião pública é especialmente relevante para o objeto de estudo, na medida em que demonstra a limitação da função contramajoritária na proteção de grupos especialmente estigmatizados.

Assim, passou-se a análise dos distintos casos, para se verificar que a histórica decisão envolvendo as uniões homoafetivas se deu em um contexto em que vários fatores facilitadores convergiram, como a discussão travada nas instâncias inferiores ao longo dos anos 1990 e 2000; o fato de a decisão envolver um grupo da comunidade LGBT e um direito cujo grau de estigmatização é relativamente baixo; o reduzido risco de não-implementação, entre outros. Tais circunstâncias podem não se repetir em outros casos, dando azo a soluções diferentes, por exemplo, caso o tema envolva interesses de setores sociais poderosos (como as forças armadas, no caso da pederastia) ou caso o grupo que se busca tutelar seja alvo de agravado repúdio social (como as pessoas trans). Finalmente, foram examinadas as ações envolvendo a possibilidade de doação de sangue por homens homossexuais e a criminalização da homofobia diretamente pelo STF, que colocam em xeque os limites da jurisdição constitucional no tocante às suas capacidades institucionais e à Separação de Poderes.

O último capítulo se dedicou ao exame das consequências indiretas ou "extra-jurídicas" da judicialização dos direitos LGBT. Assim, além dos efeitos que a escolha da litigância como estratégia de promoção de demandas implica para a construção discursiva das pautas e para a organização interna do movimento, já analisados, examinou-se outras duas consequências: a influência para o debate público e a produção de *backlash*. Quanto ao primeiro ponto, verificou-se que a ascensão institucional do Judiciário, e do STF em especial, e a "judicialização da política" estão relacionadas a uma maior centralidade dos tribunais no debate público e no interesse da mídia em seus trabalhos. Por outro lado, este processo não deve ser superdimensionado, estando ainda relativamente restrito aos grupos com maior renda e escolaridade. Neste sentido, a capacidade de a judicialização das demandas LGBT e o seu posterior julgamento aumentarem a sua saliência no debate público deve ser colocada sob perspectiva. Igualmente, a capacidade de o julgamento modificar a opinião pública diante do

"efeito legitimador" do discurso judiciário é modulada pelo fato de que os direitos LGBT envolvem questões polêmicas de intensa divergência moral, na qual as preferências costumam estar mais arraigadas.

O tema da relação entre o STF e o debate midiático e social de forma geral, que, como visto, é uma via de mão dupla, em que os dois se influenciam e se constrangem reciprocamente, tem um papel central para atenuar um problema decorrente da utilização do tribunal para a litigância estratégica. Este óbice deriva do fato que existe uma grande diferença entre fazer um dado caso ou tema chegar à jurisdição da corte e tê-lo efetivamente julgado. Com efeito, a construção da agenda decisória da Corte possui uma série de gargalos, como a liberação para julgamento pelo relator, a inclusão em pauta pela presidência, eventual pedido de vista, etc. que podem fazer com que questões que não estejam na ordem do dia do debate público demorem muito para serem examinadas[1020]. Neste sentido, aumentar a saliência em torno do tema de uma determinada ação pode aumentar as chances de que ela venha a ser efetivamente colocada para julgamento. Por outro lado, a atuação com vistas a influenciar o debate público pode gerar efeitos positivos sobre a opinião pública, que é um poderoso fator de influência sobre os ministros do STF. A atuação de base do movimento em paralelo ao caminho da judicialização pode ter efeitos importantes sobre as chances de êxito deste. Significa dizer, uma estratégia eficiente de judicialização não se esgota na submissão de uma determinada questão à análise judicial e à atuação processual, mas busca garantir a existência de um contexto "extra-processual" favorável a uma solução positiva. Um bom exemplo desta perspectiva foi a experiência argentina analisada, em que a estratégia de judicialização foi combinada com uma atuação midiática.

No tocante ao *backlash*, verificou-se inicialmente o mesmo envolve a resistência a decisões ou o "revanchismo" em relação aos agentes institucionais que as adotaram. Colocou-se o *backlash* dentro da ideia geral de movimento transformativos e contramovimentos conservadores disputando significados constitucionais e buscando que os intérpretes formais avalizem suas leituras. Por outro lado, destacou-se que esta dinâmica está longe de ser produto exclusivo da judicialização, na medida em que movimentos e contramovimentos tem preocupações substancialmente quanto ao teor das decisões políticos, e não em relação ao agente decisório. Neste sentido, a atuação dentro do Legislativo ou por parte do Executivo que

[1020] MENDONÇA, E. "A constitucionalização da política". *Op. Cit.*, p. 33; ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. "O Supremo Individual". *Op. Cit.*, pp. 135 *et seq.*

vise garantir direitos LGBT encontrará resistência e reação tanto quanto à atuação judicial no mesmo sentido.

No seguimento, verificou-se que o principal grupo de resistência e reação à atuação judicial que visa a proteger os direitos LGBT são os grupos conservadores dentro do Congresso Nacional, com especial destaque para a Frente Parlamentar Evangélica - FPE, coloquialmente referida como "bancada evangélica", grande responsável pelo próprio entendimento do movimento LGBT de que a arena legislativa se encontra bloqueada. Assim, foram analisados os seus métodos de atuação para impedir o avanço da pauta LGBT no Congresso Nacional e os discursos construídos para justificar suas visões religiosas e moralistas dentro de uma roupagem jurídico-constitucional. Foram examinados, ainda, os principais projetos patrocinados pela FPE que refletem a ideia de *backlash*, e que envolvem tanto a tentativa de reversão do julgamento das uniões homoafetivas (PL 6583/13, mais conhecido como "Estatuto da Família"), quanto medidas que buscam acuar os Ministros do STF (PL nº 4754/2016), reduzir-lhes sensivelmente a capacidade de atuação (PEC nº 33/2011) ou aumentar o acesso dos grupos religiosos à sua jurisdição (PEC nº 99/2011).

Diante deste cenário, é importante traçar estratégias de "contrarreação à reação", que visem o enfrentamento das forças contrárias aos direitos LGBT, principalmente aquelas instaladas no Legislativo federal, que vêm ensaiando perigosas tentativas de reverter conquistas já alcançadas. Neste sentido, importante ter em mente que os direitos conquistas se submetem continuamente à questionamentos, sendo, portanto, necessária a mobilização em torno da sua defesa[1021]. Parte da mobilização deve voltar-se à garantia da manutenção da viabilidade do STF como instância de contraponto a um legislativo pouco promissor. Além das supracitadas estratégias que visem questionar os limites no acesso ao órgão e influenciar os seus julgamentos por meio da construção do debate público, deve-se enfrentar, ainda, as propostas legislativas que pretendem diminuir a sua capacidade de atuação contramajoritária.

Por outro lado, é importante buscar também a alteração de forças dentro do próprio Poder Legislativo, uma vez que depender exclusivamente de um único caminho institucional,

---

[1021] Assim, especificamente em relação ao contexto latino-americano: "apesar de o movimento em favor da diversidade sexual ter conseguido inscrever uma visão crítica à heteronormatividade, a virulência dos setores que defendem um modelo tradicional de família e sexualidade se intensifiou. Em virtude disso, os sucessos parciais que foram obtidos na América Latina nos últimos anos no tocante aos direitos de pessoas LGBTQ [...] mais do que nunca requerem a re-criação do ativismo, uma vez que sua validade é o resultado de um balanço flutuante de forças políticas". ("*Though the movement in favor of sexual diversity has succeeded in inscribing a critical look on heteronormativity, the virulence of those sectors that defend a traditional family model and sexuality has intensified. On account of this, the partial successes that have been attained in Latin America in recent years concerning the rights of LGBTQ persons* […] *more than ever require a re-creation of activism*"; VAGGIONE, J. M. "Families Beyond Heteronormativity". Op. Cit., p. 239-240).

como o Judiciário, é arriscado, diante da possibilidade de decisões negativas e das próprias limitações analisadas. Esta alteração pode se dar por meio da eleição de candidatos LGBT ou aliados que possam fazer frente conservadorismo ali instalado ou mesmo servir para "desbloquear" o Congresso Nacional em relação à pauta LGBT. Assim, apesar da percepção de que a arena legislativa é pouco promissora às demandas LGBT, o ambiente partidário está cada vez mais aberto à temática, com destaque para as legendas da esquerda, mas também de centro[1022]. Não obstante, a atuação institucional junto aos partidos historicamente foi questionada diante do risco de cooptação ou instrumentalização[1023]. Neste sentido, por exemplo, não é raro que partidos de questionável compromisso com a diversidade sexual e de gênero lançam candidaturas de pessoas LGBT famosas como "puxadores de voto"[1024]. Assim, cumpriria separar estas candidaturas daquelas efetivamente comprometidas com a bandeira da diversidade sexual e de gênero e, dado o sistema proporcional para a eleição da maioria dos cargos legislativos no Brasil, observar também o comprometimento partidário. Algumas iniciativas neste sentido, por exemplo, são as "listas de visibilização", como a campanha #votelgbt, organizada por ciberativistas em 2014 visando a divulgar candidaturas comprometidas com os direitos LGBT para os diversos cargos legislativo em disputa daquele ano[1025], e os "termos de compromisso" tradicionalmente elaborados pela ABGLT e que podem ser subscritos pelos candidatos aos diferentes cargos políticos. Não obstante, deve-se admitir que a maioria candidaturas comprometidas com a pauta LGBT possuem reduzida competitividade eleitoral, bem como costumam estar abrigadas em legendas de reduzida

[1022] MARQUES, V. L.; D'ÁVILA, P. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, p. 80, SANTOS, G. G. C. "Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, p. 208. Assim, segundo o autor, "a maior participação de LGBT nos partidos políticos, não só por meio dos setoriais LGBT vinculados às estruturas organizacionais, mas também por meio das eleições, e a maior presença de suas reivindicações na política institucional, desponta como uma das principais transformações vivenciadas pela política brasileira neste princípio de século" (*Ibidem*, pp. 208-209).

[1023] *Ibidem*, p. 182. Por outro lado, Marques e D'Ávila apontam que o movimento vem progressivamente abonandonando essa posição "antipartido" que marcou especialmente a postura avessa à institucionalização dos seus primeiros anos (MARQUES, V. L.; D'ÁVILA, P. "O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil". *Op. Cit.*, pp. 109-110)

[1024] Embora o exemplo mais famoso – e bem sucedido – tenha sido a eleição de Clodovil Hernandes à Deputado Federal em 2006 pelo PTC (vide nota de rodapé nº 156), pode-se citar outros casos, como a candidatura de Thammy Gretchen, filho transexual da cantora Gretchen, à Camâra de Vereadores de São Paulo em 2016 pelo PP; e as tentativas da transexual e drag queen Léo Aquilla de se eleger deputada estadual em São Paulo (2006 e 2010), pelo PR e PTB, respectivamente; Deputada Federal em 2014 pelo PSL; e vereadora em São Paulo em 2016 pelo PTN.

[1025] NERIS, Natália; VALENTE, Mariana. *#Outras Vozes*: gênero, raça, classe e sexualidade nas eleições de 2016. São Paulo: Internetlab, 2017, p. 14. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/relatorio_outras_vozes.pdf>. Acesso em 11 mar. 2017.

expressão (“partidos nanicos”), como Rede, PSOL e PV, que vêm sofrendo recentemente ameaças quanto à sua viabilidade político-eleitoral[1026].

Por fim, a conclusão geral que se pode chegar é que, embora o Judiciário tenha efetivamente produzido relevantes conquistas para os direitos LGBT no Brasil, dentre as quais a mais vistosa é sem dúvidas o julgamento sobre as uniões homoafetivas pelo STF, a sua capacidade de garantir estes direitos é modulada por uma série de contingências políticas e sociais e a resposta positiva às demandas das minorias sexuais e de gênero não é o único desfecho possível da judicialização. Assim, não se deve tomar o STF como uma espécie de “emplastro Brás Cubas”, panaceia para todos os males de que sofrem as minorias estigmatizadas, e nem os seus Ministros devem ser tomados como bastiões do avanço civilizatório. Embora a arena judicial seja um importante espaço de luta política para a garantia de direitos, ela não deve ser encarada como o único caminho possível para tanto. Outros lócus de disputa e reivindicação, como a política representativa ordinária dos parlamentos e partidos e o campo informal do ativismo social persistem sendo essenciais para o avanço das pautas LGBT. Apenas a ampla mobilização é capaz de efetiva transformação social, e a reivindicação de direitos e mudanças jurídicas deve buscar os diversos canais e estratégias possíveis.

[1026] Assim, por exemplo, a PEC nº 36/2016, de autoria dos senadores Aécio Neves (PSDB-MG) e Ricardo Ferraço (PSDB-ES), que prevê a cláusula de barreira para limitar severamente a operação das legendas que não cumprissem simultaneamente os requisitos de atingir 2% dos votos válidos em todo o território nacional e de 2% dos votos válidos em pelo menos 14 unidades da Federação.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, 384p.

AGUIÃO, Silvia. *Fazer-se no "Estado"*: uma etnografia sobre o processo de constituição dos "LGBT" como sujeitos de direitos no Brasil contemporâneo. 2014. 316 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

AGUIÃO, Silvia; VIANNA, Adriana; GUTTERRES, Anelise. "Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais". In: LOPES, José Sergio Leite; HEREDIA, Beatriz (orgs.). *Movimentos Sociais e Esfera Pública*: o mundo da participação. Rio de Janeiro, CBAE, 2014, pp. 238-269.

ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional". In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2015, pp. 41-54.

ALEXY, Robert. "Ponderação, jurisdição constitucional e representação". In: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre, 2015, pp. 155-166.

AMARAL, Julião Gonçalves. Coletivos universitários de diversidade sexual e a crítica à institucionalização da militância LGBT. *Século XXI*: Revista de Ciências Sociais, v. 4, n. 2, pp. 133-179, 2014.

AMAYA, Jorge Alejandro. La legitimación en el amparo de la reforma constitucional argentina de 1994: ¿uma nueva dimensión?. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 53, pp. 241-265, 2000.

AMPARO, Thiago de Souza. "Notes on countermovements and conservative lawyering: the bumpy road to constitutional marriage equality in Brazil". *Direito GV Research Paper Series* nº 124, 43p. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2623262>. Acesso em 11 out. 2016.

ANAHÍ, Farji Neer. Cuerpo, derechos y salud integral: Análisis de los debates parlamentarios de las leyes de identidad de Género y Fertilización Asistida (Argentina, 2011-2013). *Salud Colectiva*, 11 (3), pp. 351-365, 2015.

ANDIA, Maria Gracia, *Disadvantaged Groups, the Use of Courts, and Their Impact*: A Study of Legal Mobilization in Argentina Through the LGBT Movement. Trabalho apresentado no Encontro Anual da *American Political Science Association*. Washington, 2010, 71p. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1664178>. Acesso em 11 out. 2016.

AQUINO, Júlia Curvina. Estatuto da Família: a atuação da Frente Parlamentar Evangélica na contramão de direitos a homossexuais. (Trabalho de Conclusão de Curso). Departamento de Serviço Social. Universidade de Brasília, 2015, 63p.

ARAÚJO, Gilvan Ferreira de. “O papel estratégico da mídia na formação da opinião pública: o caso da aprovação da ‘união civil homoafetiva’ no Brasil”. In: *VI Compolítica* - Congresso Nacional da Associação Brasileira de Pesquisadores em Comunicação e Política, GT 06, 16p.

ARGUELHES, Diego Werneck. “Poder não é querer: preferências restritivas e desenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 211-241.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 46, pp. 121-155, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 2, pp. 405-440, 2016.

AVILA, Juliana Carreiro. Vedação de doações de sangue de homens homossexuais: uma análise à luz da Constituição de 1988. (Trabalho de Conclusão de Curso). Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, 86p.

BADENES, Hilda. Transexuais protestam contra decisão do STF que desobrigou SUS de fazer cirurgia de mudança de sex”. *Extra*, publicado em 12 dez. 2007. Saúde e Ciência. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/saude-e-ciencia/transexuais-protestam-contra-decisao-do-stf-que-desobrigou-sus-de-fazer-cirurgia-de-mudanca-de-sexo-640343.html>. Acesso em 11 out. 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI Nº 4.277 – Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: O STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, pp. 65-92, 2013.

BALKIN, Jack M. How social movements change (or fail to change) the Constitution: the case of the New Departure. *Suffolk University Law Review*, v. 39, pp. 27-65, 2005.

BALKIN, Jack M. *Constitutional Redemption*: political faith in an unjust world. Cambridge: Harvard University Press, 2011, 304p.

BAMFORTH, Nicholas. “Legal protection of same-sex partnerships and comparative constitutional law”. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, pp. 551-567.

BAPTISTA, Renata. Pela 1ª vez, Justiça autoriza casal gay a adotar criança no Brasil. *Folha de São Paulo*. Publicado em 23 nov. 2006. Cotidiano. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2311200622.htm>. Acesso em 11 out. 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 3, pp. 17-54, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*: UniBrasil, v. 2, n. 9, pp. 258-301, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 18, 22p, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 388p

BARROSO, Luís Roberto. "A Constituição Brasileira de 1988: vinte e cinco anos de vida". In: *A CONSTITUIÇÃO de 1988 na visão dos ministros do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013, pp. 215-230.

BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.237-283.

BARROSO, Luís Roberto. "A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 57-97.

BARROSO, Luís Roberto. "Uniões Homoafetivas: reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre parceiros do mesmo sexo". In: BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil". Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp.421-445.

BARROSO, Luís Roberto. "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 3-34.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, n. 3, pp. 1109-1180, 2006.

BATEUP, Christine, Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 44, 70p, 2006. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/44>. Acesso em 11 out. 2016.

BAUM, Lawrence; DEVINS, Neal. Why the Supreme Court cares about elites, not the American people. *The Georgetown Law Journal*, v. 98, pp. 1515-1581, 2010.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea*, v. 4, n. 1, pp. 165-182, 2014.

BENTO, Berenice; PELÚCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. *Estudos Feministas,* 20(2): 256, pp. 569-581, 2012.

BERGALLO, Paola. Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público em Argentina. *Yale Law School SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política). Papers*. Paper 45, 2005, 30p.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch*: The Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 303p.

BIMBI, Bruno. *Casamento Igualitário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2013, 548p.

BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos e realização. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 319p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217p.

BOGOSSIAN, Andre Martins; LUCA, Alexandre Corrêa de. Quem irá nos defender?: patriotismo constitucional e constitucionalismo popular em uma análise da PEC 33/2011. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17, n. 11, pp. 127-149, 2015.

BONILLA, Daniel. Casais do mesmo sexo na Colômbia: três modelos para o reconhecimento jurídico e político. *Prima Facie*, v. 19, 17, pp. 25-57, 2010.

BONILLA, Daniel; RAMIREZ, Natalia. National Report: Colombia. *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Washington, v. 19: 1, pp. 97-112, 2011.

BORGES, Fernanda da Silva; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo espetáculo: aproximações sobre as imagens públicas do STF. *Mediações*, v. 21, n. 1, pp. 199-235, 2016

BORRILLO, Daniel. *Homofobia:* história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, 142p.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial* versus *Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, 351p.

BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, pp. 175-220, 2013.

BRÍGIDO, Carolina; ÉBOLI, Evandro. Gilmar Mendes diz que STF decidiu sobre união estável, não casamento gay. *O Globo*. publicado em 14 mai. 2013. Brasil. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-diz-que-stf-decidiu-sobre-uniao-estavel-nao-casamento-gay-8386287#ixzz4HRdsF73N>. Acesso em 11 out. 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. 2011. Entrevista da 2ª. *Folha de São Paulo*. Publicado em 04 jul. 2011. Cotidiano, São Paulo.

CABALLERO, Mauricio Albarracín. Corte Constitucional e Movimentos Sociais: O Reconhecimento Judicial dos Direitos de Casais do Mesmo Sexo na Colômbia.*SUR. Revista*

Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos, v.8, n.14, pp. 6-33, 2011.

CALDEIRA, Gregory A.; GIBSON, James L. The etiology o public support for the Supreme Court. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, pp. 635-644, 1992.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. "Explicando o avanço do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal". In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, pp. 349-409.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina*: estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. 2012. 134 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo.

CARRARA, Sérgio. Políticas e direitos sexuais no Brasil contemporâneo. *Bagoas*, n. 5, pp. 131-147, 2010.

CARVALHO, Ernani. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23, pp. 115-126, 2004,

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*. v. 6, n. 2, pp. 399-422, 2010.

CARVALHO, Mario Felipe de Lima. *Que mulher é essa?*: identidade, política e saúde no movimento de travestis e transexuais. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

CARVALHO, Salo de. Sobre a Criminalização da Homofobia: perspectivas desde a teoria *queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 99, pp. 188-211, 2012.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, 530p.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. *ALCEU*, v. 5, n. 9, pp. 105-113, 2004

CLÈVE, Clemerson Merlin, *et al*. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. *Consultor Jurídico*, Publicado em 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em 11 out. 2016.

COACCI, Thiago. Do *Homossexualismo à Homoafetividade*: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012. 2014. 251 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

COACCI, Thiago. Do homossexualismo à homoafetividade: discursos judiciais brasileiros sobre homossexualidades, 1989-2012. *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana, n. 21, pp 53-84, 2015.

COHEN, Jean L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 7, pp. 165-203, 2012.

COLKER, Ruth. Religious accommodations for county clerks?. *Ohio State Law Journal Furthermore*, v. 76, pp. 87-101, 2015.

COLLING, Leandro. A igualdade não faz o meu gênero: em defesa das políticas das diferenças para o respeito à diversidade sexual e de gênero no Brasil. *Contemporânea*, v. 3, n. 2, pp. 405-427, 2013.

COLLING, Leandro. "Mais visíveis e mais heteronormativos: a performatividade de gênero das personagens não-heterossexuais nas telenovelas da Rede Globo". In: COLLING, Leandro; THÜRLER, Djalma (orgs.). *Estudos e Políticas do CUS*: grupo de pesquisa cultura e sexualidade. Salvador: Edufba, 2013, pp. 87-110.

COLOMBIA DIVERSA. *Informe Anual Colombia Diversa 2013*. 2013, 30p. Disponível em: <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/documentos/informes-institucionales/colombia-diversa-informe-institucional-2013.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

CORBO, Wallace de Almeida. *Por que não uma igualdade "para valer"?*: reconhecimento, minorias e a vedação à discriminação indireta no brasil. 2015. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

COSTA, Alexandre Araújo da; BENVINDO, Juliano Zaiden. (Coord.) *A Quem Interessa o Controle de Constitucionalidade?*: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais. Relatório de Pesquisa da Universidade de Brasília financiada pelo CNPQ, 2014, 82p. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2509541>. Acesso em 11 out. 2016.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. Órgão administrativo não tem poder para legislar. *Consultor Jurídico*. Publicado em 22 mai. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/luiz-carvalho-orgao-administrativo-nao-poder-legislar>. Acesso em 11 out. 2016.

COSTA, Cezar Augusto Rodrigues da. CNJ legisla com resolução sobre casamento gay. *Consultor Jurídico*. Publicado em 30 mai. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/cezar-augusto-resolucao-cnj-casamento-gay-tentativa-legislar>. Acesso em 11 out. 2016.

COSTA, Luana Pereira. O judiciário enquanto aliado do movimento LGBT: perspectivas positivas e negativas em comparação ao legislativo na busca pela criminalização da homofobia. (Trabalho de Conclusão de Curso). Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, 101p.

COTTA, Diego de Souza. A rede sai do armário: o ciberativismo do arco-íris. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO SUDESTE, XIX, 2014, *Anais*, 15p.

COWAN, Benjamin. "Homossexualidade, ideologia e 'subversão' no regime militar". In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). *Ditadura e Homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 27-52.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, 451p.

CUNNINGHAM-PARMETER, Keith. Marriage equality, workplace inequality: the next gay rights battle. *Florida Law Review*, v. 67, pp. 1009-1056, 2015

D'EMILIO, John. Making and unmaking minorities: the tensions between gay politics and history. *N.Y.U. Review of Law and Social Change*. v. XIV, pp. 915-922, 1986.

D'EMILIO, John. The Marriage Fight Is Setting Us Back. *The Gay & Lesbian Review*, v. 13, n. 6, p. 10-11, 2006.

DA ROS, Luciano. Ministério Público e Sociedade Civil no Brasil Contemporâneo: em busca de um padrão de interação. *Revista Política Hoje*, v. 18, n. 1, pp. 29-53, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. "Ministério Público: advogado do povo". In: LIVIANU, Roberto (Coord.). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006, pp. 81-85.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. *Religião e Política*: ideologia e ação da "Bancada Evangélica" na Câmara Federal". 2011. 350 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DATAFOLHA. *Casamento de Homossexuais*. 2008, 8p. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/casamento_07042008.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

DATAFOLHA. *Adoção de crianças por homossexuais*. 2010, 6p. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/adocao_homossexuais_07062010_tb1.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

DIAP. *Radiografia do Novo Congresso*: legislatura 2011-2015. Brasília, DIAP, 2010, 118p. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/355-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2011-2015-dezembro-de-2010>. Acesso em 11 out. 2016.

DIAP. *Radiografia do Novo Congresso*: legislatura 2015-2019. Brasília, DIAP, 2014, 164p. Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php/publicacoes/finish/41-radiografia-do-novo-congresso/2883-radiografia-do-novo-congresso-legislatura-2015-2019-dezembro-de-2014>. Acesso em 11 out. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 688p.

DÍEZ, Jordi. *The Politics of Gay Marriage in Latin America*: Argentina, Chile, and Mexico. Nova York: Cambridge University Press, 2015, 294p.

DIMOULIS, Dimitri. Muito barulho para nada: o caso da liberdade sexual nas forças armadas. *Jota*, publicado em 06 nov. 2015. Supra. Disponível em <http://jota.uol.com.br/muito-barulho-para-nada-o-caso-da-liberdade-sexual-nas-forcas-armadas>. Acesso em 11 out. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Sacredness of the Constitutional Text and Interpretative Heresy: The Brazilian Supreme Court Decision on Same-Sex Civil Unions.

Direito GV Research Paper Series nº. 91, 2014, 21p. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2428423>. Acesso em 11 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. "Rights as trumps". In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. Cambridge: Oxford University Press, 1984, pp. 153-167

EASTON, David. A re-assessment of the concept of political support. *British Journal of Political Science*, v. 5, n. 4, pp. 435-457, 1975.

EL TIEMPO. Gobierno defiende matrimonio gay en audiencia de Corte Constitucional. *El Tiempo*, publicado em 30 jul. 2015. Justicia. Disponível em: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/audiencia-en-la-corte-constitucional-sobre-matrimonio-gay/16171202>. Acesso em 11 out. 2016.

EPP, Charles R. *The Rights Revolution*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, 326p.

EPP, Charles R. "Law as an instrument of social reform". In: WHITTINGTON, Keith E; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics.* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 595-613.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Does public opinion influence the Supreme Court? Possibly yes (but we're not sure why). *Journal of Constitutional Law*, v. 13, n. 2, pp. 263-281, 2010.

ESKRIDGE, William N. Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law. *University of Pennsylvania Law Review*. V. 150, pp. 420-525,2001.

ESKRIDGE, William N. The California Proposition 8 Case: what is a Constitution for. In: *California Law Review,* v. 98, pp. 1235-1252, 2010.

ESKRIDGE, William N. Backlash politics: how constitutional litigation has advanced marriage equality in the United States. *Boston University Law Review*, v. 93, pp. 275-323, 2013.

ESKRIDGE, William N. The marriage equality cases and constitutional theory. *Cato Supreme Court Review 2014-2015*, pp. 111-138, 2015.

ESPINDOLA, Carolina Bonoto. "Cidadania na Sociedade em Rede: o Ciberativismo e o combate à LGBTfobia". In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE. 3., 2015. *Anais*. 15p.

FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?*: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. São Paulo: Garamond Universitária, 2005, 304p.

FACCHINI, Regina; FRANÇA, Isadora Lins. De cores e matizes: sujeitos, conexões e desafios no Movimento LGBT brasileiro. *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana, n. 3, pp. 54-81, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 1, pp. 67-91, 2014.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Número:* O Múltiplo Supremo. FGV Rio, 2011, 70p.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a Supremo Protagonista. *Lua Nova*, 88, pp. 429-469, 2013.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. *Southern California Law Review*, v. 71, pp. 353-384, 1999.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. Omissões inconstitucionais e mandados constitucionais de criminalização: o mandado de injunção nº 4733 e a criminalização da homofobia. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, ano 7, n. 2, pp. 58-79, 2014.

FERNANDEZ, Dominique. *L'Amour qui Ose Dire son Nom*. Paris: Stock, 2005, 280p.

FIGARI, Carlos. *@s Outr@s Cariocas*: interpelações, experiências e identidades homoeróticas no Rio de Janeiro: Séculos XVII ao XX. Belo Horizonte: UFMG, 2007, 588p.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*: Interpretation as political process. Princeton: Princeton University Press, 1988, 306p.

FIUZA, César; POLI, Luciana Costa. A ampla possibilidade de adoção por casais homoafetivos face às recentes decisões dos Tribunais Superiores. *Constituição e Garantia de Direitos*, vol. 5, n. 1, pp. 3-26, 2012.

FLEMING, James E. The incredible shrinking constitutional theory: from the partial Constitution to the minimal Constitution. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 6, pp. 2885-2920, 2007.

FONTAINHA, Fernando de Castro; DA SILVA, Angela Moreira Domingues; DE ALMEIDA, Fábio Ferraz (orgs.). *História Oral do Supremo [1988-2013]*, vol. 4: Cezar Peluso. Rio de Janeiro: FGV, 2015, 170p.

FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. Republican schoolmaster: the U.S. Supreme Court, public opinion, and abortion. *American Political Science Review*, v. 83, n. 3, pp. 751-771, 1989.

FRASER, Nancy. "Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural". In: BALDI, César Augusto. (org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 601-621.

FRASER, Nancy. "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?*: a political-philosophical exchange. Londres: Verso, 2004. pp. 7-109.

FRASER, Nancy. "Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma Concepção Integrada de Justiça". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 167-190.

FREIRE, Alonso. “Desbloqueando os canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos?”. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 591-640.

FREIRE, Lucas. *A máquina da cidadania*: uma etnografia sobre a requalificação civil de pessoas transexuais. 2015. 192 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Museu Nacional, Rio de Janeiro.

FREIRE, Lucas. Quem tem Direito aos Direitos?: a produção de pessoas transexuais como “sujeitos de direitos”. *Confluências*: revista interdisciplinar de sociologia e direito, v. 17, n. 3, pp. 92-114, 2015.

FREIRE, Lucas; CARDINALI, Daniel. O Ódio Atrás das Grades: da construção social da discriminação por orientação sexual à criminalização da homofobia. *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana, n. 12, pp. 37-63, 2012.

FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. *Michigan Law Review*, v. 91, n. 4, pp. 2595-2632, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, pp. 257-337, 2005.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People*: how public opinion has influenced the supreme court and shaped the meaning of the Constitution. Nova York: Garrar, Strauss and Giroux, 2009, 614p.

FUNDAÇÃO Getúlio Vargas. Escola de Direito de São Paulo. *Índice de Confiança no Judiciário aponta que 29% da população confia no Judiciário*. Publicado em 18 out. 2016. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/noticia/indice-de-confianca-judiciario-aponta-29-populacao-confia-judiciario>. Acesso em 30 out. 2016.

GARAVITO, César Rodríguez; *et al*. *¿Sentencias de papel?*: efectos y obstáculos de los fallos sobre los derechos de las parejas. Coleção Justicia Global, documento 6. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011, 59p.

GARCIA, Jonathan; PARKER, Richard. From global discourse to local action: the makings of a sexual rights movement. *Horizontes Antropológicos*, ano 12, n. 26, pp. 13-41, 2006.

GARRIDO, Alexandre; *et al*. “Buscando Conceitos e Desbravando Sentidos: uma análise da percepção que a população do Rio de Janeiro possui acerca dos direitos humanos”. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Investigando Convicções Morais*: o que pensa a população do Rio de Janeiro sobre os direitos humanos. Rio de Janeiro: Gramma, 2015, pp. 1-77.

GARRO, Alejandro M. Judicial Review of Constitutionality in Argentina: background notes and constitutional provisions. *Dukesne Law Review*, v. 45, pp. 409-421, 2007.

GIANNETTI, Leonardo Varella. *Judicial Review*: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011?. *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, pp. 125-154, 2016.

GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. Knowing the Supreme Court?: a reconsideration of public ignorance of the high court. *The Journal of Politics*, v. 71, n. 2, pp. 429-441, 2009.

GODSOE, Cynthia. "Perfect plaintiffs". *The Yale Law Journal Forum*¸ v. 125, pp. 136-155, 2015.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, v. 16, n. 47, pp. 333-361, 2011.

GOLDBERG, Suzanne B. *Obergefell* at the intersection of civil rights and social movements. *California Law Review Circuit*, v. 6, pp. 157-165, 2015.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. 2014. 169 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

GOMES, Juliana Cesário Alvim. Um Supremo socialmente seletivo. *Jota*, publicado em 1º fev. 2016. Supra. Disponível em <http://jota.info/um-supremo-socialmente-seletivo>. Acesso em 11 out. 2016.

GOMES, Juliana Cesário Alvim; ARGUELHES, Diego Werneck. Qual o papel do Relator no Supremo? Duas respostas em tensão no caso da pederastia. *Jota*, publicado em 02 nov. 2015. Supra. Disponível em <http://jota.uol.com.br/qual-o-papel-do-relator-do-supremo-duas-respostas-em-tensao-no-caso-da-pederastia>. Acesso em 11 out. 2016.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAHAM, David A. What Happens If Republicans Refuse to Replace Justice Scalia?. *The Atlantic*, publicado em 1º nov. 2016. Politics. Disponível em <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/11/whats-the-opposite-of-court-packing/506081/>. Acesso em 11 nov. 2016.

GREEN, James Naylor. *Além do carnaval*: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, 541p.

GREEN, James Naylor; POLITO, Ronald. *Frescos Trópicos:* fontes sobre homossexualidade masculina no Brasil (1870-1980). Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, 196p.

GUIMARÃES, Aline Lisbôa Naves. *Participação Social no Controle de Constitucionalidade*: o desvelamento da restrição nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 2009. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição; Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, 55p.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós Modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006, 102p.

HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. “Introduction: Courts in Latin America”. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA (Eds.). *Courts in Latin America*. Nova York: Cambridge University Press, 2011, pp. 1-26.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2007, 286p.

HITTERS, Juan Carlos. La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP*, Ano 11, n. 44, 2014, 17p, disponível em: <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43512/Documento_completo.pdf?sequence=1>. Acesso em 11 out. 2016.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*: A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003, 296p.

HUERTAS, Rocío del Pilar Peña; HERNÁNDEZ, María Mónica Parada. Ténsion entre la democracia inclusiva y la mayoría: el matrimonio igualitario en el Congreso colombiano. *Revista de Derecho, Universidad del Norte*, v. 42, pp. 65-95, 2014.

HUNTER, Nan D. “Discrimination on the basis of sexual orientation”. In: AMAR, Vikram David; TUSHNET, Mark V (Eds.). *Global Perspectives on Constitutional Law*. Nova York: Oxford University Press, 2009, pp. 116-129.

IBOPE Inteligência. *União Estável entre Homossexuais*. 2011. 26p. Disponível em: <http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

IBOPE Inteligência. *Indíce de Confiança Social 2015*. 2015. 14p. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

ITURRALDE, Manuel. “Access to constitutional justice in Colombia: opportunities and challenges for social and political change”. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Ed.). *Constitutionalism of the Global South*: the activist tribunals of India, South Africa, and Colombia”. Nova York: Cambridge University Press, 2013, pp. 361-402.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Bagoas*, v.1, n.1, 22p, 2007.

KECK, Thomas M. Beyond backlash: assessing the impact of judicial decisions on LGBT rights. *Law & Society Review*, v. 43, n. 1, pp. 151-186, 2009.

KLARMAN, Michael J. “Courts, Congress and Civil Rights”. In: DEVINS, Neal; WHITTINGTON, Keith E. (Eds.). *Congress and the Constitution*. Durham: Duke University Press, 2005, pp. 173-198.

KLARMAN, Michael J. *From the Closet to the Altar*: Courts, backlash, and the struggle for same-sex marriage. Oxford: Oxford University Press, 2013, 277p.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo. *Lua Nova*, 88, pp. 141-184, 2013.

KOMMERS, Donald P.; FINN, John E.; JACOBSOHN, Gary J. *American Constitutional Law*: essays, cases, and comparative notes. Vol 1: governmental powers and democracy. 3. ed. Lanham: Rowman & Littlefield publishers, 2010, 497p.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005,135p.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, pp. 113-183, 2012.

LARKIN, Whitney. Discriminatory Policy: denying gay men the opportunity to donate blood. *Houston Journal of Health Law & Policy*, v. 11, pp. 121-148, 2011.

LEACHMAN, Gwendolyn M. From protest to *Perry*: how litigation shaped the LGBT movement's agenda. *University of California, Davis*, v. 47, pp. 1667-1751, 2014.

LEITE, Carina Lellis Nicoll Simões. *Os Diálogos Sociais no STF*: as audiências públicas, o *amicus curiae* e a democratização da jurisdição constitucional brasileira. 2014. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

LEMAITRE, Julieta. By reason alone: Catholicism, constitutions, and sex in the Americas. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 2, pp. 493-511, 2012.

LEMGRUBER, Julita, *et al*. *Ministério Público*: guardidão da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: CESeC, Universidade Cândido Mendes, 2016, 73p.

LIMA, André Estefam Araújo. "O controle de constitucionalidade na Argentina: algumas reflexões". In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça Constitucional e Democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 101-127.

LIPTAK, Adam. Supreme Court to rule in transgender access case. *The New York Times*, publicado em 28 out. 2016. Politics. Disponível em <http://www.nytimes.com/2016/10/29/us/politics/supreme-court-to-rule-in-transgender-access-case.html?_r=0>. Acesso em 30 out 2016.

LIPTAK, Adam, Supreme Court Won't Hear Major Case on Transgender Rights. *The New York Times*, publicado em 06 mar. 2017. Politics. Disponível em <https://www.nytimes.com/2017/03/06/us/politics/supreme-court-transgender-rights-case.html?smid=fb-share&_r=0>. Acesso em 11 mar. 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Comentando a decisão do STF". In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Homossexualidade e Direitos Sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011, pp. 59-68.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura à Democracia". In: GREEN, James Naylor; QUINALHA, Renan. (org.). In: *Ditadura e Homossexualidades*: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 273-299.

MACHADO, Igor Suzano; COSTA, Ana Paula; DUARTE, Bruno Monteiro. "PEC 99/11: a tensa relação entre religião e política chega à política judicializada". In: CONGRESSO NACIONAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 1., 2015. 13p.

MACHADO, Maria das Dores Campos *et al.* "Homofobia, movimentos sociais e a epidemia de AIDS na percepção de lideranças religiosas". In: MACHADO, Maria das Dores Campos; PICCOLO, Fernanda Delvanalhas. (orgs.). *Religiões e Homossexulidades.* Rio de Janeiro: FGV, 2010, pp. 111-158.

MACRAE, Edward. *A Construção da Igualdade*: identidade sexual e política no Brasil da "abertura". Campinas: UNICAMP, 1990, 321p.

MARMELSTEIN, George. O STM e as Pessoas "Sexualmente Invertidas". *Direitos Fundamentais*. Publicado em 08 out. 2008. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2008/10/09/o-stm-e-as-pessoas-sexualmente-invertidas/>. Acesso em 11 out. 2016.

MARMELSTEIN, George. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 17, pp. 225-262, 2011.

MARQUES, Vera Lúcia; D'ÁVILA, Paulo. O Movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 3, pp. 79-112, 2010.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales*: teoría general. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, 720p.

MAZZILLI, Hugo Nigri. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, 663p.

MCADAM, Christopher; PARKER, Logan. An antiquated perspective: lifetime ban for MSM blood donations no longer global norm. *DePaul Journal of Health Care Law*, v. 16.1, pp. 21-65, 2014.

MEDEIROS, Étore. Bancada evangélica propõe projeto para destituir ministros do STF por "usurpação de poder". *El País*, publicado em 05 abr. 2016. Política. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/01/politica/1459462442_493338.html>. Acesso em 11 out. 2016.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. Reconhecimento, constitucionalismo e casamento homossexual. *PRISMAS*, v.4, n. 1, pp. 151-168, 2007.

MEDINA, Damares. Amicus Curiae: amigo da corte ou amigo da parte?. São Paulo: Saraiva, 2010, 202p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 399p.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*, v. 15, n. 03, pp. 9-52, 2016.

MELO, Iran Ferreira de. *Ativismo LGBT na imprensa brasileira*: análise crítica da representação de atores sociais na *Folha de S. Paulo*. 2013. 385 f. Tese (Doutorado em Filologia e Língua Portuguesa) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 1.696p.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 526p.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 18, 46p, 2010.

MENDONÇA, Eduardo. "A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 133-176.

MIGUEL, Luis Felipe. Da 'doutrinação marxista' à 'ideologia de gênero': Escola sem Partido e as leis de mordaça no parlamento brasileiro. *Direito & Práxis*, v. 07, n. 15, pp. 590-621, 2016.

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social: reflexões sobre o casamento gay. *Cadernos Pagu*, n. 28, pp. 101-128, 2007.

MISKOLCI, Richard. Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, 82p.

MOREIRA, Alysson Darlan. Ciberativismo no Facebook: movimentos sociais conectados em rede e a democracia da informação no Grupo LGBT Brasil. *RECSA – Revista Eletrônica de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 4, n. 2, pp. 115-128, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado". In: *Temas de Direito Processual VI*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 145-172

MORRISON, Mathew L. Bad Blood: an examination of the constitutional deficiencies of the FDA's "gay blood ban". *Minnesota Law Review*, v. 99, pp. 2363-2404, 2015.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. *As novas guerras sexuais*: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil. Rio de Janeiro: Garamond, 2013, 304p.

NEJAIME, Douglas. The legal mobilization dilemma. *Emory Law Journal*, v. 61, pp. 663-736, 2012.

NERIS, Natália; VALENTE, Mariana. *#Outras Vozes*: gênero, raça, classe e sexualidade nas eleições de 2016. São Paulo: Internetlab, 2017, 27p. Disponível em: <http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/02/relatorio_outras_vozes.pdf>. Acesso em 11 mar. 2017.

NOVELINO, Marcelo. “A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF”. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, pp. 265-328.

NUNES, Daniel Capecchi. *Corte Constitutional da Colômbia*: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. Texto gentilmente cedido pelo autor, 2016.

NUNES, Daniel Capecchi. Entre *a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*: o Supremo Tribunal Federal na Nova República. 2016. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

OLIVEIRA, Eduardo Santos de. O Sistema Político Brasileiro hoje: o governo do Supremo Tribunal Federal e legitimidade democrática. *Sociologias*, ano 15, n. 33, pp. 206-246, 2013.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Direitos sexuais de LGBT* no Brasil:* jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013, 152p. Disponível em <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/reforma-do-judiciario/cejus/publicacoes/publicacoes/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf>. Acesso em 11 out 2016.

PELÚCIO, Larissa. *Abjeção e Desejo*: uma etnografia travesti sobre o modelo preventivo de Aids. São Paulo: Annablume, 2009, 259p.

PELÚCIO, Larissa; MISKOLCI, Richard. A prevenção do desvio: o dispositivo da aids e a repatologização das sexualidades dissidentes. *Sexualidad, Salud y Sociedad*: Revista Latinoamericana, n. 1, pp. 125-157, 2009.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre a trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, v. 4, n. 1, pp. 115-137, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. *Revista da AGU*, v. 41, pp. 9-42, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Juris Poiesis:* Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, n. 17, pp. 343-359, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais: entre fraquezas e possibilidades. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 29, pp. 127-157, 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; GONÇALVES, Gabriel Accioly. Inconstitucionalidade sistêmica e multidimensional: transformações no diagnóstico das violações à Constituição. *Juris Poiesis*: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, n. 18, pp. 130-159, 2015.

PEW RESEARCH CENTER. *Religion in Latin America*: Widespread Change in a Historically Catholic Region. 2014, 309p. Disponível em

<http://www.pewforum.org/files/2014/11/Religion-in-Latin-America-11-12-PM-full-PDF.pdf>. Acesso em 11 out 2016.

POST, Robert. SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Yale Law School, Public Law Working Paper nº 131, pp. 373-433, 2007.

RAMÍREZ, Manuel Páez. "La sentencia C-577 de 2011 y el matrimonio igualitario en Colombia". In: *Revista de Derecho del Estado*, n. 31, 2013, pp. 231-257.

RAMOS, Silvia; CARRARA, Sérgio. A Constituição da Problemática da Violência contra Homossexuais: a articulação entre ativismo e academia na elaboração de políticas públicas. *PHYSIS:* Revista de Saúde Coletiva, v. 16, n. 2, pp. 185-205, 2006.

RAZABONI, Olívia Ferreira. Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional. 2009. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIOS, Roger Raupp. "O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação". In: RIOS, Roger Raupp. (org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, pp. 111-139.

RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 295p.

RIOS, Roger Raupp. "Direitos sexuais, uniões homoafetiva e a decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 132-RJ e ADI 4.277)". In: RIOS, Roger Raupp; GOLIN, Célio; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Homossexualidade e Direitos Sexuais*: reflexões a partir da decisão do STF. Porto Alegre: Sulina, 2011, pp. 69-113.

RIOS, Roger Raupp. "Direito à diferença: comentário jurídico". In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (coord.). *Antropologia & Direito*: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa, 2012, pp. 247-259.

RIOS, Roger Raupp. "A laicidade e os desafios à democracia no Brasil: neutralidade e pluriconfessionalidade na Constituição de 1988". In: NARDI, Henrique Caetano; MACHADO, Paula Sandrine; SILVEIRA, Raquel da Silva (orgs.). *Diversidade Sexual e Relações de Gênero nas Políticas Públicas*: o que a laicidade tem a ver com isso?. Porto Alegre: Deriva/Abrapso, 2015, pp. 17-38.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*, v.6, n.11, pp. 78-97, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, 250p.

ROESLER, Claudia Rosane; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar das uniões homoafetivas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 10, n. 2, pp. 615-618, 2014.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope*: can courts bring about social change?. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, 525p.

SANTIS, Gil Cunha de; GUEDES, Maria Cleusa; UBIALI, Eugênia Maria Amorim. Prazo que restringe doação de sangue por homossexual homem é razoável. In: *Consultor Jurídico*, publicado em 28 jun. 2016. Opinião. Disponível: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-28/prazo-restringe-doacao-sangue-homossexual-homem-razoavel>. Acesso em 11 out. 2016.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Mobilizações homossexuais e Estado no Brasil: São Paulo (1978-2004). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 22, n. 63, pp. 121-173, 2007.

SANTOS, Gustavo Gomes da Costa. Movimento LGBT e partidos políticos no Brasil. *Contemporânea*, v. 6, n. 1, pp. 179-212, 2016.

SANTOS, Rodrigo; SAMPAIO, Thiago. Análise do comportamento da Frente Parlamentar Evangélica no Brasil (2011-2015). *Revista Eletrônica de Ciência Política*, v. 6, n; 2, pp. 200-221, 2015.

SARMENTO, Daniel. "O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades". In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 113-146.

SARMENTO, Daniel. "Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: perspectivas constitucionais". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 619-659

SARMENTO, Daniel. "Dar voz a quem não tem voz: por uma nova leitura do art. 103, IX, da Constituição". Gentilmente cedido pelo autor.

SCHEINGOLD, Stuart A. *The Politics of Rights*: lawyers, public policy and political change. 2. ed. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004, 224p.

SCHULENBERG, Shawn. Policy Stability without Policy**:** The battle over same-sex partnership recognition in Brazil. *American Political Sciense Association Annual Meeting Paper*. Toronto, 26p, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1451907>. Acesso em 11 out. 2016.

SECRETARIA Especial de Direitos Humanos. *Relatório de Violência Homofóbica no Brasil*: ano 2013. Brasília, 2016, 79p. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>. Acesso em 11 out. 2016.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Necessidade de se criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 2, pp. 177-207, 2015.

SIEGEL, Reva. Constitutional culture, social movement conflict and constitutional change: the case of the de facto ERA. *California Law Review*, v. 94, pp. 1323-1420, 2006.

SILVA, José Josemir Domingos da. *Do armário ao Altar*: a constituição do sujeito Homoafetivo nos jogos de verdade do discurso midiático. 2014. 218 f. Tese (Doutorado em Linguística) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, pp. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso. "Um voto qualquer"?: o papel do Ministro Relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 1, n. 1, pp. 181-200, 2015.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. *Na Trilha do Arco-Íris*: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009, 196p.

SKIDMORE, Thomas E.; SMITH, Peter H. *Modern Latin America*. 6ª Edição. Nova York: Oxford University Press, 2005, 512p.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional Brasileira.* Belo Horizonte: Fórum, 2016, 273p.

SOUSA FILHO, Alípio de. A política do conceito: subversiva ou conservadora? – crítica à essencialização do conceito de orientação sexual. *Bagoas*, n. 04, pp. 59 – 77, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 631p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. "Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial". In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Constitucionalismo e Democracia*. Salvador: Juspodium, 2013, pp. 125-160.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. "Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo". In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 73-114.

STEPHENS JR, Otis H.; SCHEB II, John M. *American Constitutional Law*. Vol. 1: sources of power and restraint. 4. ed. Estados Unidos: Thomson Wadsworth, 2008, 423p.

STOUTENBOROUGH, James W.; HAIDER-MARKEL, Donald P.; ALLEN, Mahalley D. Reassessing the impact of Supreme Court decisions on public opinion: gay civil rights cases. *Political Research Quartely*, v. 59, n. 3, pp. 419-433, 2006.

STRASSER, Mark. *United States v. Windsor* and interstate marriage recognition. *South Dakota Law Review*, v. 60, pp. 409-423, 2015.

STRASSER, Mark. Windsor and its progeny. *Ave Maria Law Review*, v. 13, pp. 181-206, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte". *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), v. 1, n. 2, pp. 75-83, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 352p.

TANAKA, Mirtha Susana Yamada; OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Homens que fazem sexo com homens e análise ética da triagem dos doadores de sangue no Brasil. *Revista Bioética*, 18 (3), pp. 589-601, 2010.

TATE, C. Neal. "Why the expansion of judicial power?" In: TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, pp. 27-37.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, 556p.

TAVARES, Inês Ferreira Dias. Razões religiosas na esfera pública: uma análise teórica e empírica da atuação pentecostal no Congresso Brasileiro. *Revista Publicum*, n. 1, pp. 102-139, 2015.

TEIXEIRA, Antonio Claudio Engelke Menezes. A vanguarda conservadora: aspectos políticos e simbólicos do movimento LGBT. *Desigualdade & Diversidade* – Revista de Ciências Sociais da PUC-Rio, n. 7, pp. 63-80, 2010.

TREVISAN, Janine. A Frente Parlamentar Evangélica: força política no Estado laico brasileiro. *Numen*: revista de estudos e pesquisas da religião, v. 16, n. 1, pp. 581-609, 2013.

TREVISAN, Janine. Pentecostais e movimento LGBT nas eleições presidenciais de 2014. *Debates no NER*, ano 16, n. 17, pp. 289-321, 2015.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no Paraíso:* a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011, 588 p.

VAGGIONE, Juan Marco. "Families Beyond Heteronormativity". In: MOTTA, Cristina; SAEZ, Macarena. *Gender and Sexuality in Latin America*: Cases and Decisions. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice nº 24. pp. 233-277.

VALLE, Vanice Lírio do; *et al*. *Audiências Públicas e Ativismo*: diálogo social no STF. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 142p.

VALLINDER, Torbjörn. "When the courts go marching in". In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, pp. 13-26.

VANBERG, George. "Establishing and maintaining judicial independence". In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A (Eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Nova York: Oxford University Press, 2008, pp. 99-118.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. "Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC122/2006)". In: DIAS, Maria Berenice. (coord.). *Direito Sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 511-528.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia. *Jota*. Publicado em 07 jul. 2016. Disponível em <http://jota.uol.com.br/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia>. Acesso em 11 out. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck *et al*. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, 272p.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP., v. 19, n. 2, pp. 39-85, 2007.

VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. "História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo". In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). *Iniciação Científica*: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, pp. 313-392.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". In: *Revista Direito GV*. v. 4, n. 2, 2008, pp. 441-464.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente". In: DIMOULIS, Dimitri *et al*. *Resiliência Constitucional*: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. São Paulo: Direito GV, 2013, pp. 18-24.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e Política*: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012, 232p.

WATTS, Tom. From *Windsor* to *Obergefell*: the struggle for marriage equality continued. *Harvard Law & Policy Review*, v. 9, pp. 52-86, 2015.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy*: The Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in the U.S. history. Princeton, Princeton University Press, 2007, 320p.

WONG, Curtis M. "LGBTQ Groups Blast Trump's Supreme Court Pick Neil Gorsuch". *The Huffington Post*. Queer Voices. Publicado em 1º fev. 2017. Disponível em: <http://www.huffingtonpost.com/entry/gorsuch-lgbtq-reaction_us_58920a22e4b0c90eff015951>. Acesso em 11 fev. 2017.

WYLLYS, Jean. *Tempo Bom, Tempo Ruim*: identidades, políticas e afetos. São Paulo: Paralela, 2014, 189p.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A Judicialização da Política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos*, v. 6, pp. 53-69, 2007.

YOSHINO, Kenji. *Covering*: the hidden assault on our civil rights. Nova York: Random House, 2006, 273p.