



FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CONSTITUCIONAL MESTRADO

**MANDADO DE INJUNÇÃO, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E  
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DA  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

GABRIEL BEZERRA FEITOSA

Fortaleza  
2022.1

**GABRIEL BEZERRA FEITOSA**

**MANDADO DE INJUNÇÃO, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E  
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DA  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD) da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Área de Concentração: Direito Constitucional Público e Teoria Política

Orientador: Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima

Fortaleza  
2022.1

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

---

Feitosa, Gabriel Bezerra .

MANDADO DE INJUNÇÃO, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA / Gabriel Bezerra Feitosa. - 2022  
163 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Em Direito Constitucional, Fortaleza, 2022.

Orientação: Martonio Mont'alverne Barreto Lima.

1. Mandado de Injunção. 2. Crise Representativa. 3. Mobilização do Direito. 4. Democracia Participativa. I. Lima, Martonio Mont'alverne Barreto. II. Título.

---

GABRIEL BEZERRA FEITOSA

**MANDADO DE INJUNÇÃO, MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E  
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO DA  
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA**

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Martonio Mont'alverne Barreto Lima – (orientador) – Dr.  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

---

Professora Rita Maria Paiva Monteiro – (membro) – Dr.<sup>a</sup>  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

---

Professor Roberto Guilherme Leitão – (membro) – Dr.  
Centro Universitário UNIFANOR

Dissertação aprovada em: 25 de fevereiro de 2022.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus,  
Aos meus pais,  
A minha companheira,  
Aos meus familiares,  
Ao meu professor orientador,  
Aos meus amigos.

Obrigado pelos ensinamentos e por contribuírem diretamente para a minha formação.

Ora, por mais duro que seja dizer-se, e por mais grave que nos pareça fazer uma Constituição e resistir ao seu cumprimento, esta é que é a verdade: está escrita, e pouco se consulta; sob as suas vestes insinua-se o propósito de não se reconhecerem as liberdades e estruturas que estão nela, o que é mais, muito mais, do que conspirar contra ela. O conspirador enfrenta, arrisca-se; o que a fêz e a quer matar sem que se perceba a destruição, não a enfrenta, não se arrisca: golpeia-lhe, às escuras, as raízes; poda-lhe os galhos, e, fingindo regá-la verte veneno nos adubos. Se o direito penal fosse mais realista, seria esse o crime maior

Pontes de Miranda, 1967.

## RESUMO

O grande ato da democracia moderna é o voto. O modelo representativo é necessário para harmonizar a pluralidade das sociedades complexas pós ruptura com o modelo absolutista. Ocorre que tal modelo se encontra em crise, na qual a falta de conexão entre eleitores e eleitos é o principal fundamento deste quadro crítico. A representatividade democrática vai além da mera seleção de um corpo de legisladores, exige a participação popular. Sensível e pressionado tanto por este quadro de crise representativa, como por uma crescente institucionalização do Direito na vida social, o Judiciário amadureceu em prol da efetividade dos direitos fundamentais. Um indicativo do mau funcionamento do governo representativo é a omissão legislativa inconstitucional, pois retrata exatamente a falha do parlamento em trabalhar em prol da elaboração de normas que garantam a efetividade das normas constitucionais. Ciente desse quadro, esta pesquisa se colocou a estudar como a jurisdição constitucional brasileira, especificamente, no exercício do controle de constitucionalidade das omissões constitucionais, por meio do mandado de injunção – remédio constitucional com o maior rol de legitimados ativos – é capaz de contribuir para uma democracia participativa. Para tanto, escolheu-se como ambiente de estudo o movimento LGBTQIA+ devido a sua proximidade ao Judiciário, em especial, o caso da criminalização da homofobia, decidido no MI nº 4.733 e na ADO nº 26. Estudo de caso que demonstrará o potencial da mobilização do Direito, por meio do mandado de injunção, em prol de uma democracia participativa, enquanto procurará contribuir para o amadurecimento deste remédio constitucional.

**Palavras-chave:** Mandado de Injunção; Crise Representativa; Mobilização do Direito; Democracia Participativa.

## ABSTRACT

The great act of modern democracy is the vote. The representative model is necessary to harmonize the plurality of post-rupture complex societies with the absolutist model. It so happens that this model is in crisis, in which the lack of connection between voters and those elected is the main foundation of this critical situation. Democratic representation goes beyond the mere selection of a body of legislators, it requires popular participation. Sensitive and pressured both by this framework of representative crisis and by a growing institutionalization of Law in social life, the Judiciary has matured in favor of the effectiveness of fundamental rights. An indication of the malfunction of representative government is the unconstitutional legislative omission, as it accurately portrays the failure of parliament to work towards the development of norms that guarantee the effectiveness of constitutional norms. Aware of this situation, this research set out to study how the Brazilian constitutional jurisdiction, specifically, in the exercise of constitutionality control of constitutional omissions, through the writ of injunction - constitutional remedy with the largest list of legitimate assets - is able to contribute to a participatory democracy. Therefore, the LGBTQIA+ movement was chosen as the study environment due to its proximity to the Judiciary, in particular, the case of the criminalization of homophobia, decided in MI n° 4.733 and ADO n° 26. A case study that will demonstrate the potential of mobilization of Law, through the writ of injunction, in favor of a participatory democracy, while it will seek to contribute to the maturation of this constitutional remedy.

**Keywords:** Writ of Injunction; Representative Crisis; Mobilization of Law; Participatory Democracy



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1. PROTAGONISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO</b> .....	<b>13</b>
1.1. Crise da democracia representativa e protagonismo jurídico .....	14
1.2. Democracia participativa jurídico-constitucional e mobilização do direito .....	31
<b>2. FORMAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO</b> .....	<b>44</b>
2.1. O constitucionalismo do 2º pós-guerra e o desafio das normas de eficácia de princípio programático .....	45
2.2. A problemática da inação normativa .....	48
2.3. A gênese do mandado de injunção da CF/88 .....	57
2.3.1. Propostas e debates no congresso constituinte .....	57
2.3.2. Distinção em vistas da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) .....	63
2.4. Configurações e limitações do mandado de injunção na CF/88 à luz da Lei nº 13.300/16 .....	69
<b>3. MOVIMENTO LGBTQIA+ E PODER JUDICIÁRIO</b> .....	<b>82</b>
3.1. Homossexualidade na história .....	83
3.2. Mobilização do direito e o movimento LGBTQIA+ no Brasil .....	99
<b>4. MANDADO DE INJUNÇÃO E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL</b> .....	<b>109</b>
4.1. Razões fáticas e jurídicas da tese firmada .....	110
4.2. Crítica a tese firmada: mutação (in)constitucional e (i)legitimidade do poder judiciário? .....	114
4.2.1. Tratados internacionais, mandados de criminalização e princípio da legalidade .....	114
4.2.2. Metodica estruturante, mutação (in)constitucional?: homofobia como racismo .....	131
4.2.2.1. Metodica estruturante de Friedrich Müller .....	131
4.2.2.2. Mutação (in)constitucional?: limites à alteração informal da constituição .....	134
4.2.2.3. Homofobia como racismo: contribuições a partir da teoria estruturante do direito .....	138
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	<b>143</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>155</b>

## INTRODUÇÃO

A pretensão deste trabalho, num panorama mais geral, é verificar como o direito pode vir a ser mobilizado pelos atores sociais como um instrumento capaz de influenciar diretamente o jogo político, afirmando direitos, garantindo pautas sociais e servindo como mais uma arena de debates democráticos, de forma complementar aos canais tradicionais de participação política.

Verticalizando mais essa abordagem, esse trabalho se dispôs a estudar esse tema da mobilização do direito na realidade brasileira, especificamente, no controle de constitucionalidade das omissões normativas inconstitucionais por meio do mandado de injunção, tendo em vista a maior acessibilidade que este remédio constitucional pátrio tem em relação ao seu rol de legitimados ativos.

Como laboratório de caso concreto, esta pesquisa selecionou o movimento LGBTQIA+ devido a sua maior proximidade, desde a sua gênese, ao Judiciário. Em especial, como estudo de caso, selecionou-se o caso da criminalização da homofobia (MI nº 4.733 e ADO nº 26) que deu cabo de uma pauta política que o movimento LGBTQIA+ lutava, desde a constituinte, para alcançar, a criminalização dos atos de discriminação por identidade de gênero e orientação sexual. Trata-se de um caso atual, julgado em 2019, recheado de debate ricos sobre limites da jurisdição constitucional que em muito contribuem para a delimitação das fronteiras ainda fluídas do mandado de injunção, tendo em vista que a sua lei regulamentadora também ser recente datando de 23.06.2016.

Com o intuito de desenvolver a compreensão prévia necessária para compreender e conseguir se posicionar acerca das pretensões deste trabalho, começou-se o estudo pelo enredo da crise da democracia representativa e o movimento de expansão que marca o Judiciário no século XXI. A intenção, nesse primeiro momento, é identificar as razões e compreender o porquê se aponta como uma realidade inevitável o fenômeno da expansão do Judiciário e quais os reflexos desse rearranjo de funções tem sobre a teoria da separação de poderes que, inicialmente, apresentava o Judiciário como um poder secundário, enquanto, agora, defende-se o seu protagonismo.

Além das razões e motivos do protagonismo do Judiciário no século XXI, no primeiro momento dessa pesquisa, se preocupará em analisar como essa expansão do terceiro poder vem acontecendo e respondendo aos desafios e pressões derivados da crise do modelo democrático representativo. A pretensão é discorrer sobre a causa de o Judiciário vir sendo apresentado como uma nova arena em prol de uma democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional, atuante no sentido de superar a letargia e restaurar as bases da autoridade confiscada do povo,

além de desenvolver um constitucionalismo de luta, de resistência e de libertação favorável a soberania popular e adverso aos vícios do regime representativo.

Nesse sentido, verticalizar-se-á sobre a *teoria da mobilização legal*, a qual advoga em favor do potencial positivo do litígio estratégico, apresentando o Direito como um recurso estratégico capaz de influenciar a distribuição de poder político na medida em que as leis ou instituições judiciais criam constrangimentos e oportunidades capazes de gerar mudanças institucionais, atuando além dos debates jurídicos realizados em tribunais, agindo tanto numa forma mais direta por meio de decisões jurídicas procedentes, garantidoras de direitos e criadoras de obrigações, como de uma maneira indireta como um *poder constitutivo* de vida cultural, fomentando o ganho de consciência e o fortalecimento de pautas políticas que passam a ser traduzidas e fundamentadas em termos jurídicos.

Ainda no primeiro momento deste trabalho, após apresentar esses pontos, contextualizar-se-á estes à realidade brasileira, apresentando o mandado de injunção brasileiro como um instrumento potencialmente capaz de fomentar a *mobilização do direito* devido ao seu padrão decisório concretista, recentemente consolidado, sua abertura ao debate democrático por suportar a participação de *amicus curiae*, além do seu rol de legitimados ativos bastante amplo, estando a disposição de qualquer cidadão ou movimento social que julgue ter um direito subjetivo constitucional prejudicado pela omissão normativa inconstitucional, mazela notória do enredo de crise do modelo democrático representativo.

Deixa que nos levará ao segundo momento desse trabalho, instante em que esta pesquisa se preocupará em apresentar, desenvolver e verticalizar sobre a origem, evolução e atuais contornos do mandado de injunção. A intenção, nesse segundo momento, é, além de descrever e detalhar sobre o mandado de injunção, investigar se, com o advento da norma regulamentadora específica, as fronteiras desse remédio constitucional estão bem delimitadas e à prova de dúvidas e questionamentos, tanto numa perspectiva procedimental, como material.

O ponto de partida será o estudo da problemática que inspirou a criação do mandado de injunção, a inação normativa inconstitucional. Preocupar-se-á em entender as causas que fizeram surgir essa dificuldade e a forma como esse desafio inerente ao constitucionalismo social dirigente contemporâneo o vem encarando, buscando suprir a falta do instrumental jurídico adequado, como também expõe os efeitos negativos que o silêncio legislativo pode trazer para uma ordem constitucional, na medida em que torna “letra morta” o texto constitucional.

Após compreender a dificuldade que inspirou a elaboração do mandado de injunção, estudar-se-á este remédio constitucional propriamente dito, partindo dos debates constituintes, tendo a cautela de expor as principais preocupações sobre a problemática da inércia normativa

inconstitucional na época, as expectativas que se tinha para com os instrumentos de combate a essa mazela, em especial, o mandado de injunção, e como se pretendia que este se arranjasse frente a arquitetura da separação dos poderes do ordenamento jurídico brasileiro.

Como dito, o mandado de injunção não foi a única ferramenta que o constituinte pensou para combater o silêncio abusivo do legislador, sendo oportuno, distinguir as ações constitucionais criadas para se contrapor a este mal, o que contribuirá para identificar com mais propriedade as nuances e particularidades do mandando de injunção, objeto de estudo deste trabalho.

Além disso, ocupar-se-á em expor as configurações e limites atuais do mandado de injunção, colocando as principais questões doutrinárias sobre o tema, como: quais seriam os direitos constitucionais protegidos pelo mandado de injunção? Qual seria o seu objeto? Qual a sua natureza jurídica? Quais são os seus requisitos? Quais são as suas peculiaridades procedimentais? Quais seriam as omissões normativas capazes de justificar a impetração do mandado de injunção? Quais os padrões decisórios viáveis? Isso e outras questões analisadas à luz da Lei nº 13.300 de 23.06.2016, com o intuito de identificar os atuais contornos, questões controvertidas e reais possibilidade do mandado de injunção, frente a separação de poderes e atual arquitetura constitucional brasileira.

Depois de desenvolver o aspecto mais técnico sobre o remédio constitucional objeto deste trabalho, o mandado de injunção, esta pesquisa avança para o seu terceiro momento. Reforçando, a pretensão desta pesquisa é estudar como a jurisdição constitucional brasileira, especificamente, no exercício do controle de constitucionalidade das omissões constitucionais, por meio do mandado de injunção, é capaz de contribuir para uma democracia participativa mediante a mobilização do direito.

Para tanto, escolheu-se como ambiente de estudo o movimento LGBTQIA+ devido a sua proximidade ao Judiciário, em especial, o caso da criminalização da homofobia. Assim, no terceiro momento desta pesquisa, estudar-se-á sobre o movimento social LGBTQIA+ com o intuito de melhor compreender seus pontos e questões. Partir-se-á de uma análise histórica sobre a homossexualidade, a fim de compreender quais foram os reais motivos que ensejaram o início da perseguição e da violência contra homossexuais, que, em muito, superam o fato deles amarem uma pessoa do mesmo sexo.

Verificar-se-á as possíveis razões e justificativas dos estigmas atribuídos aos homoafetivos ao longo da história (pecado, crime e doença) e como essa parcela da comunidade foi e ainda é severamente perseguida e submetida a uma violência de extermínio dos seus membros, de tal forma que, no Brasil, a expectativa de uma pessoa homoafetiva é a metade de uma heteroafetiva.

Além disso, dar-se-á destaque ao surgimento do movimento LGBTQIA+ contemporâneo, assumindo como marco o acontecimento do *Stonewall Riots* em 28 de junho de 1969 em Nova York nos Estados Unidos e os avanços que a pauta política desse movimento vem conquistando, como, por exemplo, o fim do reconhecimento da homossexualidade como patologia pela Organização Mundial de Saúde em 1993, porém sem se deixar iludir que a realidade para as pessoas homoafetivas, em muitos locais, ainda é cruel e violenta, havendo ainda países assumidamente homofóbicos que permanecem criminalizando a homossexualidade.

Além desse panorama geral, detalhar-se-á sobre a realidade específica da homossexualidade no Brasil, abordando desde a época da colonização portuguesa, descrevendo os relacionamentos homossexuais (masculino e femininos) entre os índios brasileiros, buscando identificar o marco das perseguições às práticas homossexuais no Brasil, como também trazendo detalhes da época em que o Estado brasileiro era assumidamente homofóbico criminalizando e estigmatizando como doença a homossexualidade, até assumir a postura atual de criminalização dos atos homofóbicos.

O desenvolvimento desse apanhado histórico servirá para identificar as motivações e razões do movimento LGBTQIA+ contemporâneo que se originou nos Estados Unidos e influenciou todo o mundo, inclusive o Brasil na década de 1970. Em especial, retratando a influência que este movimento recebe dos protestos da década de 1960 que englobavam o ativismo em torno dos direitos civil, da Guerra do Vietnã e da libertação das mulheres, tendo em vista que muitos os envolvidos no *Stonewall* participaram desses outros movimentos, aproveitando do modelo organizacional destes que se valiam de convenções e discursos jurídicos para reformular as condições sociais injustas.

A pretensão é desenvolver o argumento acerca da importância da tradução das pautas políticas em termos jurídicos e da influência recíproca entre ambas, gerando oportunidades para que as pretensões de grupos historicamente vulneráveis, em especial para fins desta pesquisa, o grupo LGBTQIA+, possam ser debatidas nos canais políticos tradicionais, não raras as vezes, barristas às pretensões daqueles.

Com esse ânimo, procurou-se mostrar a evolução da mobilização do Direito em prol da causa LGBTQIA+ tanto no âmbito dos tratados internacionais como, mais detalhadamente, na realidade brasileira, dando mais ênfase na esfera federal, tendo em vista ter se identificado um ambiente mais hostil a militância LGBTQIA+ nessa esfera federativa.

Nessa toada, apresentou-se os avanços garantidos à pauta política desse movimento tanto na esfera judicial (união homoafetiva, casamento, adoção), como na esfera administrativa dos órgãos públicos, enquanto ressaltou-se exemplos notórios de descaso com os projetos de leis de

interesse desse movimento social, como, por exemplo, o PL 580/2007, apresentado em 27/03/2007 por Clodovil Hernandez que visa alterar o Código Civil para dispor sobre o contrato civil da união homoafetiva, que ainda encontra-se em tramitação há quase 15 anos.

Após discorrer sobre a mobilização do Direito pelo grupo LGBTQIA+ no Brasil numa perspectiva mais geral, passar-se-á para o quarto momento deste trabalho, no qual analisaremos de maneira crítica o caso da criminalização da homofobia, dando especial ênfase no MI nº 4.733, por este ser o objeto de estudo deste trabalho, apesar do tema ter sido decidido também na ADO nº 26.

Nesse instante, a aspiração é ir além duma análise sociojurídica da decisão que reconheceu a criminalização dos atos discriminatórios contra a identidade de gênero e orientação sexual e determinou a aplicação da Lei Antirracismo a estes crimes. A intenção é ressaltar a atual capacidade do controle de constitucionalidade por omissão, especificamente, por meio do mandado de injunção, de dar voz a grupos vulneráveis que encontram barreiras, quase que intransponíveis, nos canais tradicionais de participação política.

Entretanto, a análise crítica dessa decisão não deixa de ser necessária para os fins desse trabalho, pois trata-se de um caso que abriu grandes janelas de oportunidade de debates para o amadurecimento do controle de constitucionalidade por omissão brasileiro, em especial, mediante o mandado de injunção, instrumento inédito (na perspectiva deste trabalho) do ordenamento jurídico brasileiro que apenas recentemente teve a sua norma regulamentadora promulgada, cujo limites e fronteiras ainda estão bem fluídas e que, apenas ao serem contrapostas aos casos reais, como no caso da criminalização da homofobia, serão construídas.

## **1. PROTAGONISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO**

No primeiro momento desta pesquisa, a pretensão é estudar o enredo da dita crise da democracia representativa, bem como a sua relação com o fenômeno da expansão do Judiciário que assume o protagonismo entre os poderes no século XXI. Investigar-se-á as razões da expansão do Judiciário e quais os reflexos que esta tem sobre a teoria da separação dos poderes, que, inicialmente, apresentava o Judiciário como um poder secundário, enquanto, agora, argumentam-se sobre o seu protagonismo.

Da mesma forma, estudar-se-á as causas do Judiciário, nesse enredo de expansão e de crise do modelo representativo, vir amadurecendo como uma nova arena em prol de uma democracia participativa, atuando no sentido de desenvolver um constitucionalismo de luta, de resistência e de libertação favorável à soberania popular e adverso aos vícios do regime representativo.

## 1.1. CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E PROTAGONISMO JURÍDICO

Atualmente, *democracia* é um termo com uma conotação fortemente positiva (BOBBIO, 2000, p. 375). Contudo, ainda que exista uma grande disseminação positiva do regime democrática, inclusive como uma artimanha de muitos governos autoritários, os quais utilizam o slogan de *governo do povo* para justificar algum elemento de democracia. Subsiste o pensamento político que advoga a incapacidade do povo de se autogovernar, tarefa que deve ser destinada a poucos guardiães que seriam qualificados a identificar o que seria melhor para a comunidade (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 26).

Este juízo é derivado da concepção negativa de que o regime democrático tinha na Antiguidade (BOBBIO, 2000, p. 375). Esse raciocínio é derivado da filosofia política de Platão, que desenvolveu o entendimento antidemocrático com espírito elitista ao presenciar a derrocada do regime democrático em Atenas, no qual poucos seriam qualificados para resguardar politicamente a comunidade (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 26).

No tradicional debate sobre a melhor forma de governo, a democracia quase sempre era posta como última opção, exatamente por ser um modelo que era dirigido pelo povo ou pela massa, ao qual eram atribuídos os piores vícios da licenciosidade, do desregramento e da ignorância. Evidencia-se de tal forma que Aristóteles, quando foi distinguir entre as formas de governo boas e más, categorizou a democracia como o mau governo popular (BOBBIO, 2000, p. 375).

Apesar dessa aversão à democracia, não falta ao pensamento grego a ideia de que a melhor forma de governo seja a igualdade de natureza ou de nascimento, a *isogonia*, que faz todos os indivíduos iguais e dignos igualmente de governar. Essa ideia de igualdade é o fundamento da democracia moderna, que, além da experiência grega, é influenciada pelo pensamento cristão dos homens irmãos, enquanto filhos de um único Deus, e pela ideia de fraternidade entre os homens (BOBBIO, 2000, p. 378).

A mudança desse raciocínio se deveu a uma questão de fato: as condições históricas alteraram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais. O próprio Rousseau, defensor da democracia direta, reconheceu que uma das razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais existiu, e jamais existirá, é que ela exige um Estado muito pequeno, no qual seja fácil o povo se manifestar e reunir, e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os outros (BOBBIO, 2000, p. 376).

Ademais, para o desenvolvimento da concepção positiva de democracia, também foi necessário se livrar da ideia pejorativa que circundava o termo *demos*, a qual remetia a ideia de

que as decisões eram tomadas em massa, sem considerar os indivíduos. A democracia moderna repousa na concepção individualista da sociedade, nesta o soberano não é o povo, mas, sim, todos os cidadãos. O individualismo da tradição democrática se refere à capacidade do indivíduo de se agrupar a seus semelhantes, de tal forma que possa organizar e mobilizar a sua participação no jogo político da comunidade, seja por si mesmo, seja por seus representantes (BOBBIO, 2000, p. 376-377; 380-382).

A democracia vem progredindo continuamente desde a sua invenção, aliás, nem foi inventada de uma vez por todas, como, por exemplo, foi inventada a máquina a vapor. A democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local, sempre que existiam as condições adequadas, impulsionadas por uma *lógica de igualdade* e sucumbindo sempre que essas condições sumiam e perdiam espaço em prol de alguma forma de categorização ou hierarquia, que, posteriormente, justificaria a substituição do governo popular por alguma monarquia, despotismos, aristocracias ou oligarquias, todos pautados numa estrutura hierárquica (DAHL, 2001, p. 18-20).

Por volta de 500 a.C., a democracia primitiva foi reinventada em uma forma mais avançada. Os avanços mais notórios aconteceram na Grécia clássica e em Roma, tendo sido os gregos, provavelmente os atenienses, que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratos*, governar. Entre as democracias gregas, a de Atenas era de longe a mais importante (DAHL, 2001, p. 20-22).

Entretanto, apesar de estabelecerem um procedimento democrático de deliberação, a democracia ateniense tinha severas restrições a quem poderia participar das decisões políticas, excluía-se as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Tratava-se de um regime político que dificilmente seria reconhecido nos dias atuais como democrático, porém, apesar dos pesares, ele foi responsável pela primeira transformação democrática de um governo de poucos para um governo de muitos e fincou bases que, ainda hoje, influenciam as discussões democráticas (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 15).

O governo popular, praticamente contemporânea à experiência grega, apareceu na cidade de Roma. Os romanos preferiram chamar seu sistema de *república*. O direito de participar do governo, inicialmente, estava restrito aos patrícios e aos aristocratas, porém, depois de muita luta, o povo (a *plebe*) também adquiriu esse direito. Como em Atenas, o direito de participar limitava-se aos homens, o que se perpetuou em todas as democracias até o século XX. A república romana durou mais do que qualquer democracia moderna, começando a ruir em 130 a. C, sendo enterrada pela ditadura de Júlio César, que, depois do seu assassinato, a república tornou-se um império, fazendo com que desaparecesse o governo popular inteiramente no sul



da Europa (DAHL, 2001, p. 23-25).

Apenas por volta de 1.100 d.C., o governo popular começou a reaparecer em muitas cidades-estados pequenos do norte da Itália. Inicialmente, aos moldes de Roma, com a participação no governo limitada aos membros das famílias de classe superior e, com o passar do tempo, abriu-se espaço para os membros que, hoje, compõem a *classe média*. Infelizmente, o declínio da economia, a corrupção, a oligarquia, a guerra, a conquista e a tomada de poder por governantes autoritários, em meados do século XV, fez com que os governos populares fossem atrofiados (DAHL, 2001, p. 25-26).

Até então, referiu-se a *governos populares* na Grécia, em Roma e na Itália. Pontuou-se que os gregos inventaram o termo *democracia* e os romanos *república*, não se ignora a distinção entre esses tipos de sistemas constitucionais, ocorre que, até que a distinção entre esses termos fosse cunhada por James Madison, em 1787, onde *democracia pura* é uma sociedade formada de um número pequeno de cidadão, que se reúnem e administram o governo pessoalmente; e uma *república* é um governo em que há um sistema de representação, a distinção entre esses termos praticamente não existia, tanto que, durante o século XVIII, foram usadas como sinônimo pelo próprio Estados Unidos da América. Na verdade, essa distinção não tem base histórica alguma, tendo em vista que as primeiras repúblicas cabiam muito bem na definição de Madison para *democracia* (DAHL, 2001, p. 26-27). Em suas próprias palavras Madison (2001, p. 46) escreveu:

The two great points of difference, between a democracy and a republic, are, first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended<sup>1</sup>.

De toda forma, independentemente de como se chamassem, os governos populares da Grécia, da Roma e da Itália não possuíam algumas das características do moderno governo representativo, ou seja, faltavam-lhes, pelo menos, três instituições políticas básicas: *um parlamento nacional, representantes eleitos e governos locais eleitos pelo povo*. Assim, faltava criar um sistema combinando a democracia local com um parlamento eleito pelo povo. Essa combinação surgiu na Escandinávia, nos Países Baixos, mais especificamente na Suíça, e em qualquer outro canto ao norte do Mediterrâneo. Apesar das peculiaridades de cada localidade, inaugurou-se um sistema no qual os debates seriam inaugurados nas assembleias locais, que

---

<sup>1</sup> Os dois grandes pontos de diferença, entre uma democracia e uma república, são, em primeiro lugar, a delegação do governo, neste último, a um pequeno número de cidadãos eleitos pelo resto; em segundo lugar, o maior número de cidadãos, e maior esfera de país, sobre a qual este último pode ser estendido (tradução livre).

passariam para as regionais e, em seguida, para as nacionais compostas por representantes eleitos (DAHL, 2001, p. 27-28).

Os vikings têm especial contribuição no surgimento das assembleias locais, pois estes se reuniam, por volta do ano 600 d.C. a 1000 d.C., em assembleias judiciais chamadas *Ting*. Naquelas reuniões, homens livres resolviam disputas e debatiam os mais variados temas, como: leis, mudança de religião oficial e até elegiam ou aprovavam reis. Por volta de 900 d.C., aquelas assembleias se espalharam por toda Escandinávia. Assim, mesmo ignorando as experiências da Grécia e de Roma, partindo da lógica da igualdade que aplicavam aos homens livres, os vikings criaram suas próprias assembleias. Contudo, a estrutura viking está longe de ser considerada igualitária aos moldes atuais, pois eles utilizavam sistema de escravos e uma estrutura social onde, acima do escravo, estavam os homens livres, acima a aristocracia de famílias ricas e, no ápice, o rei. Entretanto, apesar disso, a experiência viking foi capaz de influenciar a cultura democrática europeia (DAHL, 2001, p. 28-29).

Os vikings prenunciaram o aparecimento dos parlamentos nacionais, criando uma espécie de supra *Ting*, a *Althing*, assembleia nacional que permaneceu como a fonte da legislação islandesa por trezentos anos. Na Suécia, no século XV, os vikings inauguraram o precursor do parlamento representativo moderno ao convocar reuniões de representantes de diferentes setores da sociedade, e que, depois, evoluíram para *riksdag*, ou parlamento (DAHL, 2001, p. 30).

A maior e mais importante influência sobre a ideia e a prática do governo representativo foi o Parlamento da Inglaterra medieval, o qual, por volta do século XVIII, já havia amadurecido um sistema constitucional em que o rei e o Parlamento eram limitados um pela autoridade do outro. Sistema de freios e contrapesos que encantou Montesquieu, que, com suas ideias, influenciou os países fundadores dos Estados Unidos, esperando criar na América do Norte uma república que teria as virtudes do sistema inglês, mas sem os vícios da monarquia. República essa que, posteriormente, serviu como modelo para muitas outras repúblicas (DAHL, 2001, p. 31).

Com essa breve retrospectiva, percebe-se que, no início do século XVIII, já havia surgido na Europa ideias e práticas políticas que se tornariam importantes nas democracias futuras. Contudo, ainda faltavam peças decisivas para que a promessa de democratização se tornasse realidade. As imensas desigualdades de direitos conduziram a lógica da igualdade para uma desigualdade irracional, mesmo onde existiam as assembleias e os parlamentos, faltava muito para que estes correspondessem aos mínimos padrões democráticos, incapazes de controlar o monarca, bastiões de privilégios, e os representantes do *povo*. Na verdade, não representavam

todo o povo, metade da população ainda estava excluída da vida política, eram dificuldades que inviabilizavam a promessa se tornar realidade. Soma-se a isso, o fato de que as ideias e convicções democráticas não eram amplamente compartilhadas, nem muito bem compreendidas até depois do século VIII. O avanço das ideias e dos costumes democráticos dependia da existência de condições ainda inexistentes (DAHL, 2001, p. 32-35).

Apenas no final do século XIX, a representação política estava consolidada, principalmente, por meio de partidos políticos. A forma primordial do exercício da democracia era o direito de voto aos cidadãos, possibilitando que estes escolhessem seus mandatários políticos. Outra mudança significativa, ocorrida na passagem dos séculos XIX e XX, foi a ampliação do conceito de cidadão, por meio da universalização do sufrágio, derrubando o esquema de voto censitário e estendendo o direito de voto às mulheres, e, em alguns locais, concedendo a participação política aos negros, como, por exemplo, nos Estados Unidos, em 1964, pelo *Civil Rights Act* (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 17).

A democracia moderna, pós ruptura com o modelo monárquico absolutista, é marcada pela representatividade. Trata-se de um modelo que surgiu das revoluções liberais ocorridas nos séculos XVII e XVIII, que harmoniza os princípios democráticos (liberdade e igualdade) com a ampliação dos direitos fundamentais e a pluralidade de interesses das sociedades complexas. O grande ato da democracia atual é o voto, utilizado não para decidir, mas para eleger quem deverá decidir (BOBBIO, 2000, p. 371; 380; ROCHA, 2014, p. 81-82).

Os revolucionários norte-americanos e franceses defendiam que a forma de exercício mais apto para a democracia seria o regime representativo, pois os representantes eleitos buscariam o interesse público, diversamente dos indivíduos que buscariam seus interesses particulares, e que os cidadãos estariam ocupados em seus assuntos particulares e sem tempo para deliberarem, assim como os antigos (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 16). Nas palavras de James Madison (2001, p. 46):

The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice, will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation, it may well happen, that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good, than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> O efeito da primeira diferença é, por um lado, refinar e ampliar as opiniões públicas, passando-as pelo meio de um corpo de cidadãos escolhidos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seu país, e cujo patriotismo e amor à justiça, será menos provável que o sacrifique para considerações temporárias ou parciais. Sob tal regulamentação, pode muito bem acontecer, que a voz pública, pronunciada pelos representantes do povo, será mais consoante ao bem público, do que se pronunciada pelo próprio povo, convocada para o propósito.

O sufrágio deve ser entendido como um direito, não como uma função, para que se torne um meio de reconciliar a decisão dos eleitos como o consentimento dos cidadãos. A falta de conexão entre eleitores e eleitos é o principal fundamento da crise da democracia representativa. Partilhando da mesma perspectiva de Condorcet, Nadia Urbinati (2008, p. 223) explica e defende que a democracia representativa é uma forma do regime democrático, que se recria e se melhora constantemente, na qual a soberania popular servirá de guia e motor central para a democratização da representação.

A deliberação é o ponto chave de distinção entre um regime democrático representativo e um não representativo, pois, embora o ato de decisão seja comum a ambas, o processo adotado para construí-la é muito diferente. Assim, sistemas eleitorais, onde os cidadãos não tenham qualquer papel institucional e as eleições têm apenas a função de legitimar o governo, não podem ser considerados representativos, uma vez que representatividade vai além da mera seleção de um corpo de legisladores, exige espaços para que os cidadãos possam, de fato, exercer a sua soberania. Um representante político não deve atuar como um substituto para um soberano ausente, mas precisa estar sensível as demandas sociais em todos os seus atos (URBINATI, 2008, p. 205; 207-208; 211-212; 224).

Nessa perspectiva centrada no diálogo, a representação é uma solução para o imediatismo, para as decisões apaixonadas, não uma antítese para a democracia, cuja essência estaria no fomento ao debate democrático, tanto pelo corpo legislativo, como também por toda a população. Assim, a democracia representativa exige que, além da democratização do voto, a deliberação seja, igualmente, democratizada de forma a preservar, na maior extensão possível, o gozo do direito de soberania dos cidadãos (URBINATI, 2008, p. 197-198).

Nesse sentido, é que se recomenda, mesmo em uma Constituição representativa, estabelecer mecanismos que viabilizem o exercício da soberania pelos cidadãos, a fim de lembrá-los de sua existência e realidade. A premissa que se parte é a de que não é a exclusão de muitos que dá alguma certeza de que o resultado será bom, mas bons meios de deliberação (URBINATI, 2008, p. 200; 202).

Seguindo na mesma linha, Norberto Bobbio (2000, p. 382) acredita que a democracia futura, por conta da difusão dos meios eletrônicos, será um meio-termo entre a perspectiva moderna e a dos antigos, voltando a se aproximar desta última (democracia dos antigos), por meio da ampliação dos espaços da democracia direta, ou seja, fornecerá novos meios de participação, que permitirão os cidadãos decidirem, direta e em iguais condições, sobre as questões do Estado.

Pressionado por essa necessidade, a função jurisdicional amadureceu. Luiz Werneck

Vianna aponta a primazia do princípio da igualdade como responsável pela expansão do princípio democrático, devido a maior atenção, no plano da política e da vida social, de temas relacionados à ciência do Direito e aos direitos em si, implicando, pois, numa crescente institucionalização do Direito na vida social e aumentando o seu alcance. Essa expansão é decorrente dos movimentos operários em meados do século XIX, que, por fim, proporcionou à separação entre Estado e sociedade civil (VIANNA, 1999, p. 15).

Outra causa, tanto para a expansão do Judiciário como a do Executivo, seria o fenômeno de obstrução da função legislativa (*overload*), que se refere ao aumento dos encargos da intervenção legislativa gerando lentidão em responder às demandas sociais. Enredo este que levou a expansão do Poder Executivo no século XX, momento que exigia respostas rápidas e imediatas aos grandes eventos, como, por exemplo, a Revolução Russa de 1917, as 1ª e 2ª Grandes Guerras Mundiais e a globalização econômica (CAPPELLETTI, 1999, p. 43; LEWANDOWSKI, 2009, p. 78; VIANNA, 1999, p. 18).

Contudo, a busca pela mediação estatal propiciou que se desenvolvesse um aparelho administrativo onipresente, inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, segregando aqueles que não conseguem se reunir em grupos com influência política. Naquele ambiente, o Judiciário surge como combatente a essas mazelas da democracia representativa, incentivando a democracia participativa por meio da luta por direitos daqueles grupos sem expressão política. Percebe-se, assim, o movimento de reconciliação do Direito com a política (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78; GARAPON, 2001, p. 44; VIANNA, 1999, p. 18-22).

É chegada a era de protagonismo do Judiciário. Da mesma forma que o século XIX foi o século do Poder Legislativo, momento do Estado mínimo e não intervencionista. O século XX foi a época do Poder Executivo, século que exigia respostas rápidas e imediatas aos grandes eventos. O século XXI é apresentado por Bobbio como sendo a era dos direitos e o poder em expansão é o Judiciário, que assume, além da sua responsabilidade tradicional de resolver problemas intersubjetivos, o papel fundamental de garantir a efetividade aos direitos fundamentais (LEWANDOWSKI, 2009, p. 78).

Apesar da regra geral ser a primazia do Legislativo quanto às decisões políticas, há exceções, ou seja, há momentos em que a atuação do legislador falha com os fins constitucionais, assumindo posturas comissivas ou omissivas inconstitucionais. Nesse momento, o Legislativo deve ser corrigido, se não por exercício do autocontrole, pela atuação dos outros poderes, pois, apesar da sua primazia, o mesmo é vinculado à Constituição. O modelo de Estado de Direito e o princípio democrático exigem um sistema eficiente de proteção jurídica contra quaisquer atos dos Poderes Públicos que afrontem a Constituição (CAIXETA,

2015, p. 51-53; CANOTILHO, 1994, p. 339).

A título de exemplo, a inação normativa inconstitucional crônica do legislador ordinário é um indicativo do mau funcionamento do governo representativo, onde os representantes ludibriam o poder popular em prol dos seus interesses egoístas, escolhendo dar efetividade somente àquilo que lhes interessa, contribuindo, portanto, diretamente para a descrença na efetividade e para a nominalização do texto constitucional. Nas palavras de Pontes de Miranda (1967, p. 16):

Ora, por mais duro que seja dizer-se, e por mais grave que nos pareça fazer uma Constituição e resistir ao seu cumprimento, esta é que é a verdade: está escrita, e pouco se consulta; sob as suas vestes insinua-se o propósito de não se reconhecerem as liberdades e estruturas que estão nela, o que é mais, muito mais, do que conspirar contra ela. O conspirador enfrenta, arrisca-se; **o que a fez e a quer matar sem que se perceba a destruição, não a enfrenta, não se arrisca: golpeia-lhe, às escuras, as raízes; poda-lhe os galhos, e, fingindo regá-la verte veneno nos adubos. Se o direito penal fosse mais realista, seria esse o crime maior (grifo nosso).**

A expansão do Judiciário é uma realidade inevitável do Pós-Segunda Grande Guerra Mundial contra as manifestações autoritárias por parte do poder político. Tal expansão trata-se de uma tentativa de construir um sistema de controles e de contrapesos eficaz, sendo um ponto de vital importância para a garantia das liberdades nas sociedades modernas. A crise dos outros poderes terminou por forçar o Judiciário a responder às suas falhas (p.ex.: omissão normativa inconstitucional e crise da democracia representativa), sendo forçado a escolher entre permanecer fiel à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional do século XIX, ou elevar-se contra aqueles abusos (CAPPELLETTI, 1999, p. 36-37; 46-47; 52-53; RAMOS, PINHEIRO, 2018, p. 304; STRECK, TASSINARI, LIMA, 2013, p. 754).

A teoria clássica do século XIX da separação de poderes foi pensada para limitar os poderes do monarca, a intenção era de centralizar as funções estatais, a fim de resguardar os direitos e as liberdades, sendo uma doutrina de tendências antiabsolutistas, isto é, a intenção principal de Montesquieu não era elaborar uma teoria que abordasse a temática da organização do sistema estatal e distribuição de competências, mas, sim, que combatesse o despotismo real. Assim, foi verdadeiramente um esteio sagrado do liberalismo que teve a sua coroação no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem (BONAVIDES, 2007, p. 63; FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 14).

Segundo Paulo Bonavides (2007, p. 64), a teoria da separação dos poderes clássica teve um papel essencial para o constitucionalismo democrático, defendendo as ideias de liberdade e de democracia na sua época e auxiliando a consolidação do sentimento valorativo dos direitos e garantias fundamentais na consciência ocidental, ao mesmo tempo, que combatia diretamente

os déspotas do absolutismo.

Montesquieu explica que existem três tipos de poderes: o primeiro cria, corrige ou anula as leis; o segundo faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões; enquanto o terceiro castiga os crimes e/ou julga as querelas entre os particulares, sendo relevante pontuar que para ele o poder de julgar tem um claro caráter secundário, chegando a se referir a este como um poder nulo e os juízes como a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168; 175).

Além do mais, Montesquieu ainda levanta o argumento de que deveria existir uma recíproca limitação de poderes, a fim de que estes possam se moderar, para tanto ele propõe que os poderes possuiriam duas faculdades, a *faculdade de estatuir* e a *faculdade de impedir*. A primeira trataria sobre os assuntos relacionados as suas funções, teria o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Enquanto que a faculdade de impedir seria o direito de anular uma decisão tomada por outro poder que fossem contrárias à lei e prejudicassem o equilíbrio constitucional (PAULA, 2014, p. 19; MONTESQUIEU, 1996, p. 172).

Diante dessa recíproca limitação de poderes, surge a dúvida se a teoria clássica é tão estática quanto alguns intérpretes sugerem, Rubens Beçak (2008, p. 327) defende que Montesquieu jamais teve a intenção de desenvolver a ideia dogmática e estanque acerca da teoria da separação dos poderes, destacando, para fundamentar seu argumento, a previsão da figura do veto, real interferência do Poder Executivo no processo legiferante.

A realidade é que a teoria da separação dos poderes vem sendo modificada desde a sua gênese, em conformidade com o processo histórico e as necessidades particulares de cada ordem constitucional que venha a ser instalada. Esse movimento fica claro quando se identifica a mudança de protagonismo entre os próprios poderes na medida em que as condições do meio pressionam ou permitem, diante da crise dos outros poderes, manter-se atrelado à concepção tradicional dos limites da função jurisdicional do século XIX, não seria o mais eficiente para a defesa dos fins do Estado Constitucional Contemporâneo pautado na supremacia da Constituição, mas, sim, para a manutenção de um esquema de poder.

Além disso, a separação dos poderes sofreu inegável abalo com o advento da teoria de freios e contrapesos americana, realidade que demonstra a necessidade do abandono do prisma estático e a aceitação do prisma dinâmico desta teoria, diante da imprescindibilidade dos poderes constituídos trabalharem em sintonia, realçando o caráter não absoluto da separação. A realidade constitucional inaugurada com a teoria dos freios e contrapesos é a verdade de que

muitas portas se abriram à intercomunicação dos poderes. A experiência americana ensinou que não adianta a constituição ater-se aos limites clássicos da separação dos poderes, é necessário que eles próprios sejam capazes de controlar-se, essa foi a dinâmica inovadora e flexível inaugurada na América do Norte (BONAVIDES, 2007, p. 74-75; BEÇAK, 2008, p. 175; 329).

Tentar aplicar o princípio da separação dos poderes na sua perspectiva clássica no constitucionalismo contemporâneo subverteria esta teoria, que passaria a garantir não mais direitos fundamentais, mas uma estrutura de poder, acabaria por tomar feições antidemocráticas e totalitárias, esvaziando o teor social do novo Estado democrático, impedindo o progresso das instituições no rumo da social-democracia em prol da manutenção de um formalismo intransigente que deseja, à força, a divisão de poderes em esferas quase incomunicáveis (BONAVIDES, 2007, p. 64; 74).

O Judiciário, como um poder secundário aos moldes de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-175), alinhado àquela antiga perspectiva dualista positiva (separação do “ser” do “dever ser”), não encontra mais espaço da dinâmica jurídica atual. Aquela postura apática ao contexto social, despreocupada com as consequências práticas da sua decisão, é o oposto, segundo Zagrebelsky (2011, p. 120-121), ao caráter prático que ciência do Direito assumiu com a constitucionalização dos princípios e com a reaproximação com a Política, em prol da efetividade das normas constitucionais.

Em suma, uma releitura do princípio da separação dos poderes é necessária, pois com a expansão do conteúdo constitucional, uma nova estruturação e ideologia social, que as constituições liberais ignoravam, surgiram. Enredo que aquele princípio deve aderir e se adaptar, processo que, por óbvio, importa possíveis alterações de natureza essencial, como acerca da própria distribuição de funções. O Constitucionalismo moderno não segue a rota do individualismo tradicional, favorecido pela separação clássica, mas trilha caminhos do social, tentando conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo, cada vez mais, a concretização dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2007, p. 65-66).

Nessa linha, Paulo Bonavides (2007, p. 72-73) ensina que houve a ampliação dos fins do Estado quando foi inaugurado o modelo de Estado Social, movimento oposto ao que acontecia quando Montesquieu pensou sua teoria da tripartição dos poderes, que deseja conter e não expandir as atribuições estatais. Por isso que a releitura dessa teoria é adequada, pois esta precisa se readequar, como todas as outras teorias do Direito, aos avanços do mundo moderno que impõe novas necessidades ao poder estatal.

O que se percebe é que o retrato da separação de poderes é, a cada momento, diferente é



dinâmico. O Judiciário não passou ileso por esses movimentos de rearranjo de funções entre os poderes, que desfaz a aparência de estaticidade daquela teoria. A corte constitucional não está imune a essa realidade, ao contrário, está sujeita a pressões difusas e específicas e responde a estas, por exemplo, na experiência indiana, desde a independência do país, a corte constitucional sempre teve um papel mais tímido com o protagonismo do parlamento, porém, na década de 70, a situação se inverteu quando o governo autoritário de Indira Ghandi fez a reputação dos órgãos representativos cair, criando o vácuo político que permitiu que a corte assumisse o papel de importante órgão de proteção de direitos (BEÇAK, 2008, p. 331-332; MENDES, 2008, p. 183-184).

A função jurisdicional assimilou outras funções, além daquela que lhe cabia tradicionalmente como a “boca da lei”, no contexto do Estado Constitucional. Contudo, isso não autoriza a despolitização da lei, diminuindo-a a mera função técnica para a satisfação dos conteúdos constitucionais. Mesmo com a crise da democracia representativa abalando a credibilidade da atuação do legislador, pensar que pode o Judiciário vir e interferir de maneira abusiva nas atribuições de outros poderes, também, constitui um ato desmedido que terminaria por contrapor a ideia de constitucionalismo com a de democracia (ZAGREBELSKY, 2011, p. 150-152).

Destarte, a ideia, que se pretende construir, é a de que recorrer a perspectiva praticamente estanque da teoria da tripartição dos poderes, por exemplo, insistindo que ao Judiciário cabe, necessariamente, o papel negativo de declarar a inconstitucionalidade e, ao Legislativo, o propositivo, é uma postura que ignora a maneira como de fato esse fenômeno efetivamente ocorre, perseverar nessa velha distinção seria insistir numa falácia que apenas dificulta a efetividade das normas constitucionais. (MENDES, 2008, p. 207).

Nesses termos, na perspectiva dessa pesquisa, diante da crise dos demais poderes, atrofiar-se não seria a melhor opção para o Judiciário. O próprio constitucionalismo brasileiro é um exemplo dos efeitos negativos de um Judiciário frágil e atrofiado frente aos outros poderes, em especial, frente ao Executivo. As constantes interferências políticas que o Judiciário sofreu terminaram por atrofiá-lo, prejudicando sua autonomia funcional, por consequência a supremacia constitucional, tornando-o incapaz de limitar o exercício do poder político. Essa realidade pode ser observada na época do Império, República Velha, Ditadura Vargas e Militar de 1964 (STRECK, TASSINARI, LIMA, 2013, p. 740-741; 745).

Historicamente, o constitucionalismo brasileiro sempre teve dificuldade para limitar o exercício do poder político, incapaz de se levantar contra governos despóticos e autoritários, em vez de amadurecer no sentido de tornar-se capaz de alcançar o seu dever e garantir um

enredo em que o poder político esteja submetido à Constituição, o que predominou foi a sobreposição do domínio estatal contrário ao Direito por uma atuação institucional inexpressiva do Judiciário (STRECK, TASSINARI, LIMA, 2013, p. 740-741).

A ausência de uma jurisdição constitucional subverte os fins do Direito, ao invés de atuar em prol da defesa das liberdades constitucionais, viabiliza que o Direito seja utilizado como um instrumento de dominação política, instrumentalizando-o a favor dos donos do poder, enquanto sustenta uma ficção constitucional para legitimar, artificialmente, as forças sociais e políticas descomprometidas com a defesa dos compromissos constitucionais (STRECK, TASSINARI, LIMA, 2013, p. 742; 744).

Consolidar a jurisdição constitucional implica no fortalecimento da democracia, pois possibilita que o Judiciário tenha condições reais de garantir a concretização dos direitos reclamados pela sociedade civil. Contudo, levar essa ideia às últimas consequências não é salutar ao regime democrático, pois apenas substituiria a vontade arbitrária de um poder pelo autoritarismo do Judiciário. Por isso, sua atuação deve ser limitada, afinal, sua expansão não significa uma atuação livre de qualquer controle democrático (STRECK, TASSINARI, LIMA, 2013, p. 748-752).

Reforçando, a intenção não é a defesa de um ativismo judicial desmedido, mas a de desconstruir a ilusão de que o modelo representativo é a prova de erros e que os representantes eleitos “pela maioria” sempre trabalham em prol dessa maioria, preocupando-se sempre com as preferências de cada e todo cidadão igualmente e que a dinâmica política permite a igual participação de todos na construção das políticas públicas (MENDES, 2014, p. 69; MENDES, 2008, p. 71; 95). Assim como se defendia nos primórdios da democracia representativa.

O incentivo a uma democracia participativa é fundamental para que haja a quebra da concepção elitista de que a democracia só pode ser praticada por burocratas e tecnocratas, limitando a participação popular praticamente ao voto periódico. Além disso, abre margem para que grupos minoritários se envolvam no espaço público, diminuindo as tensões entre o Estado e a sociedade (COUTINHO, 2017, p. 185).

Tomando consciência de que o modelo de democracia representativa é passível de falhas, a democracia participativa ganha relevo, como sendo o modelo capaz de combater o desprezo do poder popular pelos representantes do povo, que o tem negado, destroçado ou atraído. Os vícios eleitorais a serviço da classe dominante e contra os interesses da sociedade ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado e apodrecem aquilo que vem se chamando de democracia e representação (BONAVIDES, 2001, p. 25-26).

O direito dos cidadãos a uma participação igual na determinação da vontade política deve

andar de mãos dadas com oportunidades significativas para formar e manifestar suas ideias e dar-lhes voz pública, a fim de evitar um despotismo indireto e um enredo autoritário que atrofia e atrofiou as experiências democráticas ao longo da história humana. Nesse quadro, deve-se criar múltiplos locais de soberania popular em uma democracia representativa, que sirvam, principalmente, como locais de expressão daqueles marginalizados do processo formal de participação política (URBINATI, 2008, p. 226).

Atente-se, eleições periódicas, não necessariamente, têm como consequência uma identidade entre governantes e governados e é necessário que os cidadãos tenham condição de influenciar as decisões do governo. Contudo, via de regra, desde o final do século XVIII, o mecanismo de controle dos eleitores sobre seus representantes se limita ao seu direito de não os reeleger. Assim, durante os seus mandatos, os representantes eleitos têm total independência, não estando vinculados às opiniões de seus próprios eleitores, dando-lhes margem para formular promessas e, não necessariamente, cumpri-las (KIERECZ, 2016, p. 360-361; MANIN, 1995, p. 3).

A crise do sistema representativo se instaura quando o cidadão é afastado das tomadas de decisões da comunidade e estas são dominadas pelo individualismo egoísta dos governantes, que passam a representar não mais seus eleitores, mas a si mesmos. A democracia representativa amadurece no sentido de combater esse estado de crise, aperfeiçoando-se por meio de inúmeros mecanismos que tentam garantir uma maior participação popular (KIERECZ, 2016, p. 368).

O que se pretende é dar meios que permitam que os cidadãos possam resistir à opressão dos governantes, que, não raras as vezes, agem não direcionados ao interesse dos representados, mas, sim, em prol de interesses privados (prática conhecida por *lobbie*). Deve-se equipar a população com mecanismo que permitam fiscalizar, julgar, influenciar e censurar seus legisladores, instrumental que, na medida que é mais ou menos utilizado, refletirá diretamente na saúde do vínculo entre representante e representados (KIERECZ, 2016, p. 369; URBINATI, 2008, p. 228).

Reforçando, a meta do sistema eleitoral deve ser a de garantir representatividade, não apenas a seleção de um corpo de legisladores. A partir do momento em que tal objetivo é subvertido, é necessário que o cidadão tenha meios de externalizar sua voz no ambiente público, a fim de evitar que o despotismo indireto persevere e a democracia perca o seu caráter de governo do povo, pelo povo, para o povo, limitando-se a um jogo político de competição por votos, da mesma forma como mercadores competem por clientes (ROCHA, 2014, p. 88).

Por exemplo, no Brasil, onde a política é vista, por grande parte da população, como um canal de negociação direta com o governo, o Executivo é excessivamente valorizado, onde se

busca uma salvação messiânica ao invés de investir nos mecanismos democráticos de decisão, preferindo-se uma política estatista, ou governista, em contraste com a cidadania, criando, pois, um ambiente favorável a uma visão corporativista dos interesses coletivos. Assim, identifica-se uma severa crise do sistema de representação política que não age mais com a intenção de solucionar as mazelas da população, mas para realizar interesses particulares, segregando aqueles que não conseguem se reunir em grupos com influência política (CARVALHO, 2008, p. 221-224; VIANNA, 1999, p. 19-20).

Infelizmente, essa crise do governo representativo alcança a realidade brasileira, com omissões inconstitucionais crônicas e mandatos que, por excesso de continuidade e renovação indefinidas, perdem já as características republicanas e se reveste, cada vez mais, de um teor usurpatório e de confisco da vontade popular. Realidade perceptível quando se percebe o recorde de voto nulo e o valor expressivo de abstenções (soma dos votos nulos e brancos) nas eleições presidenciais de 2018, ultrapassando 30% (trinta por cento) do eleitorado brasileiro. Em números absolutos, houve um contingente de 42,1 milhões eleitores que escolheram não votar em nenhum candidato, sendo que o candidato eleito teve 57,7 milhões de votos, enquanto o candidato derrotado teve 47 milhões, números que retratam a crise da representatividade no Brasil (BONAVIDES, 2001, p. 26; GRANDIN, OLIVEIRA, ESTEVES, 2018, *online*).

Discorrendo sobre o caso brasileiro, Paulo Bonavides (2001, p. 50) escreveu que o governo perdeu a consciência da nacionalidade, da soberania e da Constituição, que, ao invés da república livre, justa e solidária do art. 3º da Constituição, instalou-se a opressão do suserano, que na presidência governa e, se insistir nesse regime, o país está fadado a uma organização de súditos e vassallos.

Cappelletti chega a argumentar que não reconhece que o Legislativo e o Executivo possam, de fato, vocalizar a vontade popular, vez que os valores e prioridades desses políticos servem, muito mais, a grupos corporativos ao invés da comunidade, por isso, não necessariamente, o resultado de suas deliberações enunciaria a vontade geral (CAPPELLETTI, 1999, p. 43-46, 50-51).

Nesse enredo de falta de representatividade, além da implantação de mecanismos como plebiscitos e referendos, que incentivam uma democracia participativa, o Judiciário vem se apresentando como uma via alternativa para o combate a essas mazelas da democracia representativa, incentivando a democracia participativa e deliberativa por meio da luta por direitos por parte dos movimentos sociais. Percebe-se o movimento de reconciliação do Direito com a política. O Judiciário torna-se uma nova arena pública de deliberação democrática (VIANNA, 1999, p. 20-22).

Contudo, em que pese ser esta a perspectiva a qual esta pesquisa se filiar, cabe pontuar que não é uma visão unânime. Do outro lado, existem aqueles como Boaventura de Sousa Santos que pintam o Direito como uma ferramenta incapaz de contribuir para a emancipação social do indivíduo/sociedade, ou seja, para o desenvolvimento de uma autotutela do cidadão/comunidade de tal forma que ficaria livre de qualquer tutela, consciente e capacitado para administrar todos os seus bens (físicos, psíquicos e espirituais) independentemente de regulação social (FARIAS, 2010, p, 30-31; 41).

Com a permissão para discordar, essa pesquisa aproxima-se mais da visão intermediária entre esses dois polos aqui retratados pela visão de Boaventura de Sousa Santos e Cappelletti, alinhando-se com mais proximidade com o raciocínio de Michael McCann que apresenta o Direito como mais um instrumento à disposição dos agentes sociais capaz de influenciar e redistribuir o poder político, ou seja, não se defenderá aqui a exclusão do Direito em prol estrutura de participação política tradicional, nem o inverso, mas sim a complementariedade desses meios, dando ênfase nos momentos em que a atuação excepcional, episódica e não perfeita do Judiciário se faz necessária para suprir a falha dos canais tradicionais de participação política no regime democrático.

O fortalecimento dos outros instrumentos participativos à disposição da população é essencial para minimizar os prejuízos da atuação insuficiente ou deturpada dos meios tradicionais de participação política. Nesse sentido, o Direito deve ser compreendido de forma expandida, como um recurso que pode ser mobilizado por movimentos sociais em prol das suas respectivas pautas e lutas políticas (FANTI, 2016, p. 42).

Diante da crise da democracia representativa, os movimentos sociais surgem como uma via alternativa de organização política, independente dos partidos políticos, em socorro daqueles excluídos do jogo político tradicional, uma vez que a tarefa de construir uma nova ordem e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda. Os movimentos organizados têm um papel muito importante para a evolução da sociedade e para o envolvimento dos indivíduos na vida política da coletividade, atuando como mais um meio para que seus partícipes possam realizar suas escolhas e lutar por suas pautas políticas (FARIAS, 2010, p. 30; 44).

No seu livro *Rights at Work: pay equity reform and the politics of legal mobilization*, McCann apresenta essa perspectiva que integra os estudos sociojurídicos às teorias sobre movimentos sociais, expondo possíveis aplicações do Direito em prol da mobilização social, como na fase inicial de formação organizacional e constituição da agenda desses grupos sociais, a etapa de tomada de consciência de direitos, como também na criação de oportunidades

políticas, pois as decisões dos tribunais podem dar projeção ou legitimidade a certas demandas, trazendo-as ao debate por meio de normas jurídicas existentes, ou mesmo utilizando-o como forma de pressão política (FANTI, 2016, p. 43-44).

O Direito passa a ser entendido como uma prática social e não apenas em seu aspecto formal como um conjunto de normas e decisões judiciais, estando entrelaçado com a política, de tal forma que o aparato jurídico é tanto uma arma instrumental, como incorporador e provedor de discursos e ideias que existem em uma complexa relação com outros discursos culturais e políticos (FANTI, 2016, p. 46).

É deixado para trás a perspectiva do positivismo jurídico do século XIX, que se fechava intencionalmente à possibilidade de distinção jurídica entre lei e justiça, ou seja, da mesma forma que os direitos seriam o que a lei determinava, a justiça era o que a lei definia como tal. As críticas a essa lógica eram recorrentes, porém devido aquela lógica fechada, elas tinham caráter antijurídico. O advento da democracia pluralista trouxe mudanças a essa perspectiva, pois deu abertura para que toda a sociedade plural contribua para elaboração do conteúdo constitucional, não sendo mais este uma imposição de uma parte sobre outro, permitindo que cada setor da sociedade consiga participar da construção dos escopos constitucionais (ZAGREBELSKY, 2011, p. 126).

Ao tomar consciência desse papel do Direito, percebe-se que o jurista não se limita a um mero operador técnico dos textos legais, mas um operador das relações sociais (WARAT, 1985, p. 52-53). O Judiciário como um poder secundário aos moldes de Montesquieu (1996, p. 167-168; 175), alinhado àquela antiga perspectiva dualista positiva (separação do “ser” do “dever ser”) não encontra mais espaço da dinâmica jurídica atual. Aquela postura apática ao contexto social, despreocupada com as consequências práticas da sua decisão é o oposto, segundo Zagrebelsky (2011, p. 120-121), ao caráter prático que a ciência do Direito assumiu com a constitucionalização dos princípios e com a reaproximação com a Política em prol da efetividade das normas constitucionais.

Especificamente no Brasil, o Judiciário está comprometido com a efetividade das normas constitucionais por meio do exercício adequado da função jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da CF/88 e no exercício do seu papel de guardião da constituição, consoante art. 102, caput da Constituição. Contudo, isso não o autoriza a decidir questões políticas de logo, isto é, a primazia do Legislativo também se impõe sobre o Judiciário (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 127-130).

A primazia do legislador democrático na definição de meios e recursos só pode ser afastada em circunstâncias pontuais em que se possa fundamentar, a partir da Constituição, a

falha institucional do legislador, por exemplo, nos casos de omissão normativa inconstitucional. Nesse enredo, a ordem constitucional de 1988 avançou consideravelmente inaugurando diversos dispositivos para o combate dessa mazela, como a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 130-131).

Mesmo os adeptos da supremacia do Legislativo, que advogam contra a revisão judicial, admitem que, em situações excepcionais, a revisão judicial pode ser adequada em contextos em que haja um Parlamento em crise, culturas políticas corruptas ou outros quadros de crise nos órgãos democráticos tradicionais. Entretanto, a revisão judicial seria apenas uma solução não ideal para circunstâncias extraordinárias (MENDES, 2014, p. 44-45).

Em certo ponto, Boaventura de Sousa Santos chega a se aproximar de Michael McCann quando afirma que o Direito, numa visão despolitizada da mudança social, pode vir a ser utilizado de uma forma contra-hegemônica pelos movimentos sociais rumo à emancipação quando se valer como único critério são os parâmetros do Estado de direito, porém, mesmo assim, o referido autor ainda traz as suas ressalvas diante do argumento de que o Estado liberal assumiu o monopólio e criação do direito e, por isso, mesmo as práticas emancipatórias que poderiam vir pelo Direito seriam limitadas e sancionadas pelo Estado e, por conseguinte, conforme os interesses dos grupos sociais que estivessem no poder. Logo, seria, quando muito, uma dialética regulada (FARIAS, 2010, p. 41-42).

Em que pese respeitar o raciocínio construído por Boaventura, pelo já exposto e pelo que será detalhado nas linhas que seguem, perceber-se-á que esta pesquisa não se aproxima da sua perspectiva. A reaproximação do Direito e a Política, conforme exposta por Zagrebelsky, deixando-se no passado a visão limitada do positivismo jurídico do século XIX com a separação do “ser” e do “dever ser”, por meio da constitucionalização dos princípios, foi justamente o que abriu margem para que a sociedade plural pudesse passar a contribuir para a elaboração do conteúdo constitucional, afastando aquela imposição de um grupo, que esteja no controle dos canais políticos, sobre os outros. Logo, ao ver desta pesquisa, não há como concordar que, apenas, quando recorrer a uma visão despolitizada, é que o Direito servirá como meio de participação democrática.

Além do mais, cabe pontuar que a visão de Boaventura, diferentemente da de Michael McCann, limita-se à análise do Direito ao litígio judicial, ignorando aquilo que é considerado a maior contribuição da teoria de Michael McCann – o entendimento do Direito como uma prática social e não apenas em seu aspecto formal como um conjunto de normas e decisões judiciais – ou seja, a atenção do uso do Direito para além das Cortes. A sensibilidade para se verificar que

os agentes sociais utilizam o instrumental jurídico nas suas mobilizações sociais desde os primórdios da sua organização, no momento de elaborar suas agendas, como também para criação de oportunidades e pressões políticas extrajudiciária, foi o diferencial de Michael McCann que Boaventura ignora, o uso do aparato jurídico tanto como uma arma instrumental, como incorporador e provedor de discursos e ideias que existem em uma complexa relação com outros discursos culturais e políticos.

De toda forma, o que se pretende destacar é que, mesmo os resistentes a assumir o potencial do Direito em contribuir para uma democracia participativa via Judiciário, assumem que há situações em que este será um caminho alternativo de participação para aqueles segregados do jogo político da democracia participativa clássica. Trata-se da descoberta, pela sociedade civil, do Judiciário como um lugar onde podem buscar suas expectativas de direito (VIANNA, 1999, p. 40-42).

Na verdade, a expansão do Judiciário deve conectar a democracia representativa e a participativa. Atente-se, não cabe ao Judiciário instaurar uma justiça providencial e prejudicial ao desenvolvimento de uma cidadania ativa. A expansão do terceiro poder deve servir para mobilizar a sociedade na defesa dos seus interesses e direitos e da efetividade constitucional. Logo, essas duas formas de democracia, a da representação e a da participação, não são excludentes, mas complementares em prol de uma democracia deliberativa. A democratização do acesso à justiça criou uma nova arena de debates a serviço da efetividade das aspirações constitucionais, incentivando a cidadania e cultura cívica e, para que essa conquista não seja subvertida, o Judiciário deve atuar sempre com cautela, evitando intervenções descabidas em outros poderes (VIANNA, 1999, p. 43-44).

## **1.2. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO**

O modelo de democracia representativa, devido a complexificação da sociedade, tornou-se um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios e pretensões da comunidade. Por isso, enfrentou transformações que incorporaram instrumentos de participação popular direta no seu interior, através da introdução de fórmulas de democracia direta, conjugada com a representação política, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis. Nesse enredo, as fórmulas da chamada democracia participativa surgem como alternativas possíveis de rearticulação dos espaços públicos legítimos de tomadas de decisões (STRECK, MORAIS, 2014, p. 161-163). Nesse sentido, Paulo Bonavides (2001, p. 44) escreveu:



Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa, aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização.

Ao longo do século XX, em especial após a Segunda Grande Guerra, surge a democracia participativa que não se satisfaz apenas com o sufrágio e da representação política, exigindo a participação efetiva do cidadão nas decisões políticas, de tal forma que revitalize o pacto político em direção a uma soberania verdadeiramente popular. Com esse ânimo, a democracia participativa passa a se mesclar com a representativa de maneira tal que assume a aparência de uma forma mista, denominada democracia semidireta (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 19).

A democracia é um conceito constitucionalmente adequado, específico para cada realidade constitucional que determina seus contornos. No Brasil, a ordem constitucional vigente, a de 1988, adota o regime democrático representativo como base, mas não se limita a este, possibilitando, também, o exercício da democracia participativa/semidireta (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 19-20).

Contudo, mesmo que o constituinte tenha contemplado a democracia participativa, foi tímido na sua disciplina, fortemente vinculada ao Congresso Nacional, a quem compete convocar o plebiscito e referendo, e, quanto à iniciativa popular, além de exigir um percentual elevado de eleitores apenas para apresentar o projeto, este ainda pode ser profundamente modificado ou mesmo rejeitado pelo Parlamento (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 20-21).

Na história brasileira, são praticamente inexpressivas as situações do exercício da democracia semidireta. Houve apenas um plebiscito nacional exigido pelo próprio texto constitucional (V. art. 2º, ADCT), um único referendo no qual o povo se manifestou sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munição no território nacional, e apenas dois projetos formalmente apresentados pelo povo, por meio da iniciativa popular, que se converteram na Lei nº 11.124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular) e a LC nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 21).

Em que pese o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular serem avanços, como se vê, a aplicabilidade dessas técnicas tem sido bloqueada e negada ao povo. Apesar disso, pode-se afirmar que, no Brasil, a constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais capazes de abrir margem para a prática da democracia participativa. Diversas formas de participação emergiram no Brasil pós-autoritário, sendo uma herança comum do processo de democratização

que levou atores sociais a buscarem formas de participação política que conjugassem elementos da democracia participativa e da representativa (SANTOS, 2002, p. 65).

Nesse enredo, a luta e resistência por meio do Direito ganha terreno, de tal forma que Paulo Bonavides explica que a teoria da democracia participativa é a teoria do constitucionalismo da emancipação, atuante no sentido de superar a letargia e restaurar as bases da autoridade confiscada do povo (BONAVIDES, 2001, p. 40-41).

A construção dessa teoria da democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional demanda o concurso de elementos tópicos, axiológicos, concretista, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, confluentes aos fins constitucionais. Uma teoria que combina a autoridade e a judicatura dos tribunais e, doutra parte, a autoridade da cidadania popular. Na perspectiva de Paulo Bonavides trata-se do único modelo capaz de pôr cobro ao ludíbrio do popular roubado e descumprido pelos ocupantes das Casas representativas, que os tem atraído, combatendo o divórcio que se instaurou entre o povo e as instituições do Governo (BONAVIDES, 2001, p. 26; 42).

Nesse diapasão, faz-se necessário, do ponto de vista teórico, admitir a releitura da concepção doutrinária da velha divisão de poderes de Montesquieu, a fim de transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos, mas sem dissolvê-la por completo, respeitando o único princípio cardeal, o princípio da unidade da Constituição. O quebranto dessa diretriz configura a maior das inconstitucionalidades que deve ser tolhida pela via judicial de controle. É necessário instalar o constitucionalismo de luta, de resistência e de libertação para que se possa dar mais um meio de exercício da soberania ao povo, ao mesmo tempo, que se combate os vícios do regime representativo, acabando com a menoridade democrática do cidadão (BONAVIDES, 2001, p. 27-28; 30-31; 34-35).

A proposta, agora, é compreender a lei como parte significativa da vida cotidiana das pessoas, as quais agem, muitas vezes, tendo como referencial a própria lei e as instituições jurídicas. A intenção é apresentar o Direito como um recurso estratégico capaz de influenciar a distribuição de poder político, na medida em que as leis ou instituições judiciais criam constrangimentos e, também, oportunizam estratégias potenciais que podem ser acionadas nas lutas sociais (LOSEKAN; BISSOLI, 2017, p. 4).

A relação entre os movimentos sociais e o Direito é uma realidade. Começou-se a atentar para este fato nas décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos, com debates entre aqueles que acreditavam no potencial de mudanças institucionais e sociais, por meio do litígio jurídico, e aqueles que desaconselhavam os movimentos sociais em utilizarem o litígio estratégico como forma de atingir seus objetivos. Assim, foi quando surgiu a *teoria da mobilização legal* com

uma proposta equilibrada dentro daquele debate, argumentando em favor do potencial positivo do litígio estratégico, mas de maneira mais sutil e realista do que se esperar da capacidade do instrumental jurídico, em termos de mudanças institucionais e sociais (LOSEKAN; BISSOLI, 2017, p. 1).

Como dito, a relação entre movimentos sociais, o Direito e Poder Judiciário passaram a ser mais bem estudados em meados dos anos 1950 nos Estados Unidos da América a partir do caso histórico *Brown vs. Board of Education*, que julgou a segregação entre brancos e negro nas escolas como sendo inconstitucional. Essa decisão impactou no cenário político e social da época e colocou em evidência o poder do direito e dos tribunais de provocar mudanças sociais e políticas (FANTI, 2016, p. 35).

O estudo crítico do uso do Direito e do Poder Judiciário como forma de produzir mudanças sociais avançou mais na década de 1970, merecendo destaque as contribuições de Scheingold. O trabalho desse estudioso é um marco, pois, em que pese o caráter pessimista acerca do potencial do direito em alcançar mudanças estruturais em prol da diminuição da desigualdade de fato, tal estudo inaugura a investigação macropolítica da mobilização do direito, mostrando uma nova perspectiva de estudo da relação entre direito e transformação social (FANTI, 2016, p. 37).

Stuart Scheingold decidiu entender o potencial da atuação dos advogados e dos litígios sobre as políticas públicas em favor de grupos relativamente desfavorecidos. Nesse sentido, ele desenvolveu as noções de *mito dos direitos* e de *política dos direitos* (PARIS, 2009, p. 13). O *mito dos direitos* se refere a perspectiva jurídica “pura”, a qual, segundo o autor, leva a uma abordagem simplificada demais do processo social complexo, que superestima o impacto do direito e das decisões judiciais nas transformações sociais (SCHEINGOLD, 2004, p. 5-6).

Enquanto a *política dos direitos*, remete-se a uma abordagem política para a análise do litígio como um agente de mudança na medida em que é capaz ou não de redistribuir poder. Essa abordagem, diferentemente do *mito dos direitos*, parte de uma compreensão cética do direito, ou seja, ao invés de encarar os direitos reivindicados judicialmente como fatos sociais consumados ou como imperativos morais, eles serão encarados como mais um recurso político de valor desconhecido à disposição daqueles que desejam influenciar o curso das políticas públicas. A intenção é abandonar aquela ficção de que a aceitação judicial significa que as mudanças sociais implícitas serão efetuadas. O direito deve ser tratado como um recurso de valor incerto, cuja envergadura real será mensurada na realidade concreta, verificando-se o litígio pode ser útil para redistribuir poder e influência na arena política (SCHEINGOLD, 2004, p. 6-8).

Ao desenvolver as noções de *mito do direito* e de *política dos direitos*, Scheingold rompeu com a perspectiva dominante da ciência política da época, a qual partia de um prisma que colocava os juízes e os tribunais no centro da análise. A contribuição de Scheingold foi a de inaugurar o pensamento no qual o foco são os agentes de mudança e nas consequências práticas das mudanças sociais. Enredo esse que o litígio jurídico passou a ser considerado mais um desses possíveis agentes de mudança, desconstruindo a visão ideológica de certeza da influência positiva da decisão jurídica sobre a realidade social (PARIS, 2009, p. 13-14).

O *mito dos direitos* retrata essa visão ideológica entre direito e política. A intenção de Scheingold era a de desmascarar o legalismo retratado no *mito dos direitos* e substituí-lo pela perspectiva da *política dos direitos*, com o fito de se obter um relato mais preciso de como a lei e a política realmente funcionam (PARIS, 2009, p. 14).

Explicando a origem do conceito de *mito do direito*, Scheingold ensinou que este conceito parte da premissa de que as coisas legais estariam além, e mais acima, da mera política, como um *bloco* moralmente superior, geralmente, pautado numa reverência à Constituição. *O mito dos direitos via a lei como o reino da razão e os tribunais como fóruns onde a razão poderia governar*, trazendo a gramática básica para pensar sobre a organização social e a ilusão de que o litígio jurídico pode evocar a declaração de direitos e, por conseguinte, assegurar a realização desses direitos na comunidade. Trata-se de uma visão distorcida, mas poderosamente traiçoeira da relação entre Direito e mudança social (PARIS, 2009, p. 14-15). Explicando as razões de Scheingold para construir o conceito de *mito do direito*, Michael Paris (2009, p. 15-16) escreveu:

Why was the myth in fact myth? Scheingold gave four main reasons. First, the Constitution and laws embodied particular liberal values, such as individualism, faith in a market economy, and fear of state power. Causes posing challenges to these values would not easily be able to play the law game. Second, bench and bar were powerfully socialized to believe in the myth of rights. Even reform-oriented lawyers generally accepted the myth of rights as accurate description. They often distrusted democratic mobilization and protest, preferring instead to rely exclusively on litigation. Third, because the legal process was slow and costly, it could sap movements of energy and resources. Fourth, contrary to the myth, courts acting alone lacked the will, raw power, and/or technical capacity to produce the policy and social changes that reformers sought.

Em suma, segundo Scheingold, o *mito do direito* é de fato um mito por quatro razões. Primeira, à Constituição e as leis incorporam valores liberais particulares, como individualismo, a fé em uma economia de mercado e o medo do poder estatal, causas que não se alinham com essa perspectiva terão dificuldades em se articularem no jogo da lei. Segunda, os juristas seriam fortemente condicionados a acreditar no *mito dos direitos*, preferindo investir no litígio judicial

do que outras formas de participação do jogo político, como mobilizações e protestos. Terceira, o processo judicial é lento e caro, gerando desgastes que nem todos os movimentos sociais têm condição de suportar. Quarta razão é que, ao contrário que o *mito do direito* acredita, os tribunais por si não têm vontade, poder bruto e/ou capacidade técnica para produzir as mudanças sociais ou as alterações nas políticas públicas que os reformadores buscam (PARIS, 2009, p. 15-16).

Em sua forma pura, o *mito do direito* não se preocupa com questões de mobilização política mais ampla, o foco é tão somente ganhar a melhor decisão judicial possível. Por isso, aqueles que se alinham com esse raciocínio são desconfortáveis com uma mobilização política mais ampla, que pode interromper sua necessidade de controlar o processo legal. No *mito do direito* pouco se pensa em como o litígio pode promover a mobilização política, ignorando o abismo que, não raras as vezes, existe entre os direitos judicialmente articulados e a realidade (PARIS, 2009, p. 22-24).

Em que pese as críticas levantadas à supervalorização do direito sob o prisma do *mito do direito*, sob a perspectiva da *política dos direitos*, Scheingold reconhece que o litígio é capaz de redistribuir poder e influência política, ou seja, é capaz de gerar uma mobilização política capaz de afetar o equilíbrio das forças políticas tradicionais. Contudo, essa influência não pode ser considerada como uma consequência obrigatória do litígio, devendo ser percebida e mensurada no processo político pós-julgamento, entretanto, não se pode negar que o direito é, sim, capaz de remodelar a arena política (SCHEINGOLD, 2004, p. 8).

O Direito surge como um meio de participação política, principalmente, em prol de grupos relativamente impotentes que utilizaria o instrumental jurídico para influenciar direta e indiretamente o jogo político. Contudo, em que pese o potencial das táticas legais, estas não excluem outros modos de atuação política. Na verdade, para a Scheingold, as estratégias jurídicas são mais bem-conceituadas como armas auxiliares na política de reformas sociais (PARIS, 2009, p. 16).

Scheingold avançou bastante os estudos das relações entre direito, Poder Judiciário e movimentos sociais ao apresentar a sua visão *culturalista* deste fenômeno, que se ocupa com a análise da ressonância cultural e do poder simbólico dos direitos, construindo uma análise cultural da lei e abrindo terreno para o seu desenvolvimento teórico e empírico, esboçando, pois, o traçado básico para os trabalhos subsequentes sobre mobilização do direito. Essa visão *culturalista* do direito alcança a sua melhor versão no trabalho do Michael McCann (FANTI, 2016, p. 40).

Nos anos de 1990, o debate acadêmico sobre a eficiência das estratégias jurídicas utilizadas pelos movimentos sociais para promover reformas sociais ficou em evidência. Nesse

momento, destacou-se as ideias de Gerald Rosenberg e Michael McCann, aquele alinhado a uma perspectiva profundamente pessimista em relação ao potencial do direito e tribunais, que promovem mudanças sociais na medida em que enxergam a mobilização do direito apenas em seus impactos judiciais imediatos. Enquanto McCann aprofundou a concepção *culturalista* do direito, entendendo-a como *prática social*, indo além do aspecto meramente formal do ordenamento jurídico, entrelaçando-o com a política e enxergando-o de forma expandida capaz de influenciar além dos efeitos imediatos da decisão judicial, gerando consequências indiretas na mobilização dos movimentos sociais afetados pela decisão (FANTI, 2016, p. 41-42).

Na perspectiva de McCann, o estudo sobre a mobilização do direito deve adotar a abordagem no foco da investigação, que passa dos tribunais e instituições jurídicas para os agentes e movimentos sociais. Nesse diapasão, outra característica se extrai da teoria de McCann, a de que o Direito passa a ser considerado como mais um recurso, que pode ser mobilizado pelos movimentos sociais e ser utilizado não apenas por meio de ações judiciais, como também na própria organização das lutas sociais, amplia-se, assim, o espectro de estudo da influência do direito sobre as reformas sociais (FANTI, 2016, p. 42-43).

Desenvolveu-se ainda mais a concepção *culturalista* do direito, a qual McCann chamou de *Direito como prática social*, entrelaçando a lei com a política, onde o instrumental jurídico nada mais é do que uma ferramenta em prol do desenvolvimento dos debates políticos, identificando, portanto, os efeitos do litígio para além das cortes (PARIS, 2009, p.19).

Indo além do litígio judicial, McCann identificou ao menos mais cinco momentos da mobilização coletiva em que o direito e estratégias jurídicas são relevantes para os movimentos sociais. O primeiro deles é a fase inicial de formação organizacional e constituição de agenda desses grupos, trata-se, pois, da etapa em que há um crescimento da consciência de direitos. O segundo momento se dá quando as estratégias políticas são utilizadas como forma de pressão política. Terceiro seria quando os movimentos sociais buscam gerar ações responsivas do Estado em relação às demandas políticas básicas, enquadrando certos temas em termos de direitos que podem alterar o debate e dar peso às demandas. Quarto momento, quando as estratégias jurídicas são utilizadas para compelir o Estado a implementar e executar políticas públicas. Quinto se refere ao legado jurídico “na” e “para” as lutas dos movimentos sociais, remonta-se tanto às conquistas diretas como indiretas e não intencionais, com o ganho de consciência de direitos por toda a comunidade ou mesmo do grupo social beneficiado (FANTI, 2016, p. 43-45).

O enfoque da mobilização do direito desloca o foco dos tribunais para os usuários, apresentando o direito como mais um recurso de interação política e social, de tal forma que os

tribunais auxiliam, de modo ativo, a traçar o panorama ou a rede de relações sociais, tanto a *nível instrumental*, como em *nível constitutivo de vida cultural* (MCCANN, 2010, p. 182-183; 188).

O direito, como um *instrumento* capaz de influenciar as relações sociais, procura analisar como as ações judiciais configuram o contexto estratégico dos outros atores do Estado e da sociedade, ou seja, como as deliberações e ações dos agentes sociais são influenciadas pelas normas estabelecidas pelos tribunais. Em outras palavras, como os precedentes judiciais se tornam “fichas para negociação” resultantes de previsões sobre o que as partes conseguiriam se fossem parar nos tribunais ou diante de outras autoridades jurídicas (MCCANN, 2010, p. 184).

Já como *poder constitutivo* de vida cultural, o direito influencia as relações sociais na medida que contribui na construção dos princípios, valores e lógicas que constituem um povo, refinando, complementando e ampliando a linguagem dos conceitos jurídicos dentro sociedade. Os tribunais determinam e convidam os membros da sociedade a compartilhar um modo comum de ver, conhecer e falar, incentivando a participação conjunta e a mobilização da lei no dia a dia da comunidade. Os tribunais forjam os conhecimentos legais para todo argumento de autoridade da política e da vida pública (MCCANN, 2010, p. 189).

Atente-se, esse *poder constitutivo* não é produto identificável das decisões jurídicas individuais dos tribunais. Na verdade, é expressão do legado cultural acumulado das ações judiciais e de convenções jurídicas que são aprendidas, internalizadas e normalizadas pelos cidadãos através de muitas formas de participação cultural (por exemplo, educação formal, comunicação de massa e cultura popular) reproduzidas e reforçadas no dia a dia da sociedade (MCCANN, 2010, p. 190).

Tal legado se refere aos resultados das ações dos movimentos sociais para toda a sociedade, por isso, além das conquistas mais diretas e tangíveis desses grupos, existem aquelas indiretas e não intencionais, como, por exemplo, no movimento de mulheres pela equidade de salários nos EUA, além das conquistas diretamente relacionada a essa questão, houve outros ganhos de difícil mensuração, como empoderamento feminino no ambiente de trabalho. O ganho da *consciência de direitos*, resultado da mobilização do direito pela equidade de salário, gerou outras demandas, como creches e melhores condições de trabalho. Como legado, a formação de tal *consciência* faz com que o direito se torne cada vez mais relevante e estratégico para as lutas contra as relações de poder na sociedade (FANTI, 2016, p. 45-46).

Assim, percebe-se que, além das suas competências típicas e atípicas institucionais, os tribunais exercem papel importante em mobilizar os cidadãos enquanto atores e conectá-los a uma vida cívica engajada. Nesse contexto, é que se apresenta a mobilização do direito como

uma forma de atividade democrática, onde a disputa judicial entre os cidadãos é um sinal de democracia tanto quanto o voto. O acesso à justiça e a possibilidade de luta por direitos mediante o Judiciário é um indicador do vigor democrático de uma sociedade (MCCANN, 2010, p. 191-192).

A mobilização jurídica é um processo complexo. McCann contribuiu para esse tema ao apontar os pontos de influência que a mobilização legal tinha dentro de um movimento social, principalmente, demonstrando que esta seria mais ampla do que a perspectiva restrita legalista focada tão somente nos debates jurídicos realizados em tribunais. Ele examinou como a lei e os direitos funcionavam em fases distintas da atividade do movimento social (PARIS, 2009, p. 20).

Ademais, cabe pontuar que o raciocínio culturalista não deve ser confundido com a abordagem realista, pois, em que pese ambas entenderem a doutrina jurídica como indeterminada e maleável, para o realismo o conteúdo específico dos argumentos legais é muito menos importante do que os benefícios estratégicos do uso da lei para as estratégias políticas, a lei é simplesmente uma forma de política, derivada e a serviço do poder político bruto. Enquanto, para o culturalismo, mesmo que este mantenha a ideia de *política de direitos* do realismo, acrescenta a esta a sensibilidade da autoridade da lei, de maneira a respeitar seus limites e escopos, levando-os em consideração no momento da mobilização política (PARIS, 2009, p. 24-26). Conceito que se alinha com a concepção de *oportunidade jurídica*.

Nos anos 2000, o diálogo entre os estudos sociojurídicos e os movimentos sociais aprofunda-se com o surgimento da ideia de *oportunidade jurídica*, a qual é desdobramento da ideia de *oportunidade política*, conceito explicativo central na Teoria do Processo Político (TPP), teoria que estuda os movimentos sociais, buscando compreender como os fatores externos a estes influenciam a sua mobilização social (FANTI, 2016, p. 46-47). Nesse enredo, *oportunidades políticas* se refere aos fatores institucionais e socioculturais que moldam as opções dos movimentos sociais, tornando algumas estratégias mais atraentes que outras (ANDERSEN, 2005, p.6)

Tradicionalmente, os teóricos da Teoria do Processo Político raramente consideravam as estruturas e as características do sistema jurídico como componentes relevantes das estratégias dos movimentos sociais. Nesse sentido, é que surgiu a crítica de que, por ter características próprias, o Poder Judiciário deveria ser analisado de forma distinta das demais oportunidades políticas, desta crítica, estudiosos da mobilização do direito desenvolveram a noção de *oportunidade jurídica* (FANTI, 2016, p. 47-48).

Nesse diapasão, a ideia de *oportunidade jurídica* é construída como as características do sistema jurídico que influenciam os agentes sociais a deixarem ou a buscarem a mobilização do



direito como forma de avançarem com alguns de seus objetivos (FANTI, 2016, p. 48). O cerne dessa ideia é estudar como as estruturas socio-legais moldam as estratégias dos movimentos sociais e, ao mesmo tempo, são moldadas por essas estratégias (ANDERSEN, 2005, p. 8-9). Em outras palavras, busca-se entender como o sistema jurídico é capaz de emergir como um ambiente institucional ativo no processo político, abrindo margem para a participação dos agentes sociais apresentarem suas demandas, assegurando-os *nova voz* no tradicional jogo político, não raras as vezes, fechado (FANTI, 2016, p. 49).

Na tentativa de elaborar uma estrutura analítica da noção de *oportunidade jurídica* para aplicá-la no caso concreto, Andersen traçou um paralelo entre as principais noções de oportunidades políticas *apresentadas* pela doutrina e as de *oportunidades jurídicas* que ela constrói, sendo elas: (I) o acesso dos movimentos sociais ao Poder Judiciário; (II) a configuração de poder das elites ligadas aos tribunais; e (III) a presença de aliados ou oponentes nesse processo (ANDERSEN, 2005, p. 9).

Sobre a primeira dimensão da estrutura de *oportunidade jurídica*, o acesso dos movimentos sociais ao Poder Judiciário, Andersen explica que o acesso aos tribunais molda o surgimento, o processo e os resultados da ação judicial, pois os requisitos legais de acesso limitam as opções disponíveis aos ativistas que esperam mobilizar a lei em nome dos objetivos do movimento social, determinando o tipo de reivindicação que poderá ser feita, a forma como deverá ser feita e contra quem deverá ser apresentada por exemplo (ANDERSEN, 2005, p. 9-10).

A segunda dimensão, a configuração de poder das elites ligadas aos tribunais, explica que a estabilidade ou instabilidade do entendimento dos juízes influi diretamente no surgimento de novos processos judiciais e seus respectivos resultados, na medida que estimula ou desestimula a agenda política dos movimentos sociais na mesma proporção que lhes fornece ou retira *munição legal* para fundamentar as suas pretensões políticas (ANDERSEN, 2005, p. 10-11).

O terceiro aspecto prático das *oportunidades jurídicas* é a presença de aliados ou oponentes no processo judicial. A presença de aliados e/ou opositores é um aspecto relevante na relação entre as estruturas socio-legais e os movimentos sociais, tendo em vista que aliados podem custear os gastos necessários para a manutenção de uma ação judicial, bem como oferecer assistência na elaboração de estratégias legais, institutos como *amicus curiae* ganham relevo nesse momento. Da mesma forma, mas no sentido oposto, devido ao formato de contraditório, que marcar a maior parte dos sistemas jurídicos, os opositores encontram abertura para minar as reivindicações legais do movimento na igual medida que os aliados tentam apoiá-las (ANDERSEN, 2005, p. 11-12).

Em que pese as contribuições de Ellen Ann Andersen, as características acerca da aplicação concreta das *oportunidades jurídicas* ainda não é tema pacificado, porém pode-se afirmar que, diante das divergências, duas características são majoritárias, sendo elas: (I) acesso às cortes e (II) disponibilidade de direitos judiciáveis, elemento diretamente ligado a ideia de *mobilização legal* que Andersen desenvolveu no seu segundo aspecto (FANTI, 2016, p. 54).

Segundo Alba Ruibal (2015, p. 192), os movimentos sociais recorrem às vias que lhe oferecem menos resistência e possam lhe trazer as melhores condições para que a sua agenda política seja atendida. Por isso, quando os canais de participação políticas tradicionais se encontram bloqueados às reclamações de um movimento social, é esperado que a militância deste movimento oriente as suas estratégias para outras vias institucionais, em particular o Judiciário, em busca de oportunidades mais favoráveis.

Por exemplo, o movimento moderno dos direitos dos homossexuais nos Estados Unidos da América, desde o surgimento da LAMBDA na década de 1970, aproximou-se bastante do Judiciário para garantir a sua pauta política, tendo em vista que, à época, a noção de que os homossexuais tinham o direito de estar livre de discriminação com base em sua sexualidade parecia absurda para muitos. O sucesso nos tribunais trouxe avanços sensíveis para a fruição dos direitos da comunidade LGBTQIA+ nos Estados Unidos da América, porém isso é apenas parte dos efeitos do litígio, outra parte, igualmente, relevante diz respeito ao impacto da mobilização do direito no dia a dia dessa parcela da sociedade (ANDERSEN, 2005, p. 3; 14).

Em que pese nossos esforços para construir uma cadência de argumentos favoráveis ao poder empírico do litígio para efetivar a reforma social, não podemos omitir que existe grande discordância sobre esse tema. É compreensível tal discordância, tendo em vista que os resultados do litígio não são implementados automaticamente, sendo necessário que sejam interpretados e realizados por atores além do tribunal, verificar até que ponto as vitórias legais se convertem em ganhos reais, é o desafio (ANDERSEN, 2005, p. 14).

Contudo, diante da análise de Michael McCann sobre as batalhas da reforma de equidade salarial entre homens e mulheres e o estudo de Ellen Ann Andersen sobre o movimento pelos direitos dos homossexuais, ambos concluindo pela capacidade da *mobilização legal* de gerar efeitos indiretos, além dos efeitos determinados em decisão, essa pesquisa inclina-se, até então, favoravelmente à teoria da mobilização do direito (ANDERSEN, 2005, p. 15-16).

A ideia de democracia não se restringe mais a capacidade dos cidadãos de eleger representantes, vive-se a era da democracia deliberativa, onde o debate público amplo praticado pela livre circulação de ideias e de informações, respeitando os limites dos direitos fundamentais, legitima as escolhas políticas (RAMOS, PINHEIRO, 2018, p. 304).

Acreditando na democracia participativa via Judiciário, Paulo Bonavides defende que a judicialização da política deve ser fomentada em países retardatários, como o Brasil, pois a Constituição aberta dá margem para a deliberação democrática, ofertando outra forma de participação para aqueles segregados do jogo político da democracia representativa clássica. As inovações da ordem constitucional brasileira são notórias nesse sentido, inovando com mecanismos como o mandado de injunção. A judicialização da política deve facilitar o encontro da comunidade com os propósitos constitucionais e não dificultar como aconteceu nos primeiros passos da CF/88. Realidade que só veio mudar no decorrer dos anos 90 com uma série complexa de circunstâncias, dentre elas, a descoberta, pela sociedade civil, do Judiciário como um lugar onde podem buscar suas expectativas de direito (VIANNA, 1999, p. 40-42).

A maior contribuição da teoria da mobilização do direito é a análise da lei longe das iniciativas oficiais, mobilizar o direito não é só usar estrategicamente a lei, envolve interações com múltiplos atores, instituições e campo, inclusive os judiciais, e implica a constituição de um repertório específico de ação através das instituições jurídicas. Entender as múltiplas motivações e complexos efeitos na interação entre os movimentos sociais e as instituições jurídicas é o núcleo da *teoria da mobilização do direito*, isto é, o litígio é uma das muitas dimensões estratégicas dos movimentos sociais para vê seus direitos e voz públicas prejudicadas pelo enredo de crise que a democracia representativa vem passando (LOSEKAN; BISSOLI, 2017, p. 4-5).

O Direito é mobilizado quando um desejo ou vontade é transformado em uma demanda ou afirmação de direitos por meio de um repertório de ação que atravessa as instituições jurídicas, evidenciando a dimensão da juridicidade nas reivindicações sociais em questão (LOSEKAN; BISSOLI, 2017, p. 4).

Da mesma forma que não se pode idealizar o Poder Judiciário, não se pode, também, fazer o mesmo com Poder Legislativo, ainda mais no Brasil, onde a crise de representatividade do parlamento é latente. Nesse enredo, cabe a jurisdição garantir os direitos fundamentais, porém sem se deixar levar pela tentação de se transformar de maneira antidemocrática na última instância moral da sociedade, a quem caberia a interpretação dos valores e dos direitos da comunidade. Esse excesso por parte do Judiciário pode levar a perda da autonomia pública e enfraquecer a mobilização política popular (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 67; 69).

O Poder Judiciário no Brasil vem se transformando numa *nova arena pública*, superando o modelo clássico *sociedade civil-partidos-representação-formação majoritário*, os procedimentos políticos tradicionais passam a ceder espaço aos processos judiciais. Embora a jurisdição constitucional brasileira não necessite de justificativa legal, tendo em vista estar

consagrada explicitamente no texto constitucional, vem sendo adotadas medidas para fortalecer a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, como a audiência pública e o *amicus curiae*, que demonstram uma abertura da Corte para um diálogo com a sociedade (GUIMARÃES JÚNIOR, 2015, p. 68-69).

O debate sobre quem deve ser o responsável pela interpretação da Constituição está intimamente interligado à teoria da democracia. Como dito, a democracia não se resume mais a escolha de representantes, o debate público e amplo é fundamental, portanto, essa abertura da Corte é necessária, a fim de reforçar a legitimidade das suas decisões. Nesse momento, outra teoria ganha relevo, a *teoria do diálogo*, a qual, em linhas gerais, se propõe a rediscutir o comportamento tradicionalmente assumido pelas instituições em se isolar ao analisar as controvérsias relativas às atividades institucionais, propondo que essas questões sejam solucionadas por meio de um exercício dialético, fomentando, assim, maior coesão e equilíbrio no âmbito democrático (RAMOS, PINHEIRO, 2018, p. 298-299).

A discussão acerca da interlocução institucional não é recente, Alexander Bickel, desde a década de 60, já fazia menção a um “colóquio contínuo” e uma “conversa permanente” entre os poderes. Há diversas teorias do diálogo, porém, apesar de as divergências que possam ter, partilham de similitudes, como: (I) a recusa do Judiciário como único guardião da Constituição; e (II) a rejeição da existência de uma última palavra sobre a interpretação constitucional (MENDES, 2008, p. 98-99).

Conrado Hübner Mendes é um grande expoente sobre o diálogo institucional, ele ensina que o diálogo entre o Judiciário e o Legislativo pode acontecer de diversas formas, ele propõe a divisão entre virtudes passivas e ativas na medida da postura mais ou menos engajadas do Judiciário. Categorização que guarda similitudes com a dicotomia entre autocontenção e ativismo, estando aquela ligada à teoria do diálogo, enquanto ao ativismo estaria vinculado à supremacia judicial. (MENDES, 2008, p. 122-124).

Todas essas propostas pretendem contestar o fato de atribuir a um único poder a responsabilidade pela interpretação constitucional, trazendo o argumento de que a constituição deve ser interpretada conjuntamente por todos os poderes. Atente-se, mesmo que um poder precise ter um papel mais evidente, isso não significa exclusividade. Nesse enredo, Pickerill propõe a substituição da ideia de supremacia judicial, pela primazia judicial, como um meio-termo entre supremacia e igualdade de funções (MENDES, 2008, p. 123; 125-126; 131).

O diálogo institucional seria uma terceira possibilidade entre a proposta defendida por Dworkin, que apresenta uma predileção pelo Judiciário, e a de Waldron, que aponta o Legislativo como local privilegiado de deliberação democrática. A via do diálogo parte da

premissa de que a participação dos indivíduos no processo de tomada de decisões, seja direta ou indiretamente, enriquece o debate constitucional, tornando-o mais amplo, democrático e responsivo (VICTOR, 2015, p. 235-236).

No Brasil, o padrão estabelecido é o da preferência pela supremacia judicial, ou seja, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra sobre a interpretação constitucional. Em regra, o padrão de interação entre a corte e o legislador é adversaria, porém isso não significa que não exista os mecanismos embrionários de diálogo à disposição capaz de fomentar a interação entre os poderes, como o previsto nos arts. 52, X e 102, §2º, além da técnica de decisão do apelo ao legislador utilizada nos casos de omissão inconstitucional (RAMOS, PINHEIRO, 2018, p. 313-315).

O mandado de injunção brasileiro seria outro mecanismo em prol do diálogo, principalmente, com a consolidação do padrão de decisão concretista como regra na sua atuação e com a abertura de participação que o seu procedimento viabiliza, por meio da participação de *amicus curiae*. Trata-se de um remédio constitucional atuante tanto em prol de qualquer movimento social ou de cidadão, que julgue ter um direito subjetivo constitucional prejudicado pela omissão normativa inconstitucional, como em prol do combate uma grave mazela da crise da democracia representativa, a inércia normativa inconstitucional.

A juridicidade da *mobilização do direito* deste trabalho, ou seja, o seu enquadramento legal envolve o controle de constitucionalidade das omissões normativas inconstitucionais por meio do mandado de injunção, compreendendo as oportunidades jurídicas que envolvem esse instrumento judicial inaugurado na ordem constitucional de 1988, como estudo de caso, escolheu-se o seu manejo pelo movimento LGBTQIA+ brasileiro, no caso específico da criminalização da homofobia.

Com esse ânimo, nos próximos capítulos, verticalizar-se-á sobre esse instrumental jurídico, o mandado de injunção, entendendo o seu amadurecimento até alcançar os moldes atuais, como também estudar-se-á as principais características do movimento LGBTQIA+, buscando compreender como esses elementos terminaram por se sincronizar na luta por direitos da pauta política deste movimento social, fazendo com que este conseguisse satisfazer uma demanda sua que vinha, pelo menos, desde a constituinte de 1988 no Brasil, a criminalização dos atos homotransfóbicos, isto sob o prisma do raciocínio *culturalista*, sensível à autoridade e aos limites da lei, ao mesmo tempo, que a maneja em prol de uma mobilização política.

## **2. FORMAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO**

A presente pesquisa ocupa-se em estudar acerca da complementariedade entre a

democracia representativa e a participativa pela via judicial em prol da eficácia das normas constitucionais, especificamente, por meio do uso do mandado de injunção, ação constitucional à disposição de qualquer cidadão ou movimento social que julgue ter algum direito, liberdade ou prerrogativa constitucional prejudicado pela ausência de norma regulamentadora.

Nesse enredo, necessário é debruçar-se sobre o mandado de injunção estudando desde a problemática que lhe deu causa, a inação normativa inconstitucional, passando pelos debates constituintes que inauguraram este instrumento no constitucionalismo brasileiro, distinguindo-o com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), chegando ao estudo da sua lei específica, a fim de identificar os contornos atuais do mandado de injunção e suas potencialidades.

Em suma, no presente capítulo, buscar-se-á entender as razões e objetivos do mandado de injunção, estudando o potencial técnico desta ação constitucional como um instrumento jurisdicional a serviço da democracia participativa na medida em que inaugura uma nova arena de debates democráticos e viabiliza que qualquer pessoa reclame seu direito constitucional subjetivo prejudicado pelo legislador inerte.

## **2.1. O CONSTITUCIONALISMO DO 2º PÓS-GUERRA E O DESAFIO DAS NORMAS DE EFICÁCIA DE PRINCÍPIO PROGRAMÁTICO**

Desde a Primeira Grande Guerra, as experiências políticas trazem em comum a intenção de superar a postura inativa de uma Estado liberal mínimo, reavaliando a relação entre Estado-sociedade, dando início à estatização da sociedade e à socialização do Estado. Existiram tanto tentativas pela via totalitária (contexto radical que comprometia os avanços do Estado de Direito), como pelo desenvolvimento de um novo modelo de Estado Constitucional (NOVAIS, 2006, p. 179-180).

As novas demandas da sociedade Pós-Primeira Grande Guerra fizeram com que o Estado passasse a assumir uma postura marcadamente mais ativa, oposta a noção liberal, passando a assumir novas preocupações, atuando como agente do desenvolvimento e da justiça social (SUNDFELD, 2009, p. 55-56). O Estado passa a atuar em prol de uma justiça social generalizada, preocupando-se em providenciar bens, serviços e infraestruturas materiais em prol do pleno exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos (NOVAIS, 2006, p. 184).

Neste momento, consolidou-se os direitos sociais, o que fez com que os cidadãos passassem a exigir uma postura mais presente do Estado nos assuntos da sociedade. Todavia, apesar da comentada mudança de postura, o Estado Social não substitui os outros modelos, mas incorpora os seus avanços, atualizando-os as novas necessidades da sociedade (SUNDFELD,

2009, p. 55-56).

As mudanças trazidas pelo Estado Social acarretam não a sobreposição dos direitos sociais aos de liberdade clássicos, mas tão somente uma reconfiguração, amoldando-se a essa nova posição relativa do cidadão face ao Estado, sendo comprimidos, quando necessário, para garantir as novas exigências de socialidade (NOVAIS, 2006, p. 187).

Os direitos fundamentais trouxeram para ao Estado de Direito conteúdos éticos, culturais e sociológicos, tais como: dignidade humana e respeito à lei moral, enredo que converte o Estado Social em um Estado Material de Direito, visto que essas afirmações éticas são incompatíveis com o formalismo que marcava o Estado Liberal de Direito, ponto que reforça a superação deste modelo de estatal (VERDÚ, 2007, p. 77-78).

O processo de ativismo no campo social foi intensificado mais ainda com o fim da Segunda Guerra Mundial por conta da grave crise econômica e social que marcou o continente europeu. Nesse momento, toma-se consciência definitiva da importância de se consagrar a dignidade da pessoa humana como eixo central do constitucionalismo, consolidando a necessária e radical mudança na postura estatal em superar a perspectiva do Estado mínimo em prol de um ativismo estatal atuante no sentido de propiciar prestações materiais para a manutenção da dignidade da pessoa humana (BITTENCOURT NETO, 2008, p. 28-29).

A partir desse momento, se insere, nas ordens constitucionais modernas, uma nova corrente de princípios, até então ignorada pelo constitucionalismo, a qual faz realçar o aspecto social. A constituição passa a disciplinar os direitos sociais, tais como: a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo e a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção do Estado (BONAVIDES, 2004, p. 366-368). O Estado Social de Direito é marcado pela incorporação dos direitos sociais às Constituições na intenção de converter em direito positivo várias aspirações sociais, elevando-as à categoria de princípios constitucionais (VERDÚ, 2007, p. 79).

As Constituições contemporâneas se tornam documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo, atuando para proteger o indivíduo tanto contra os abusos praticados pelo Estado, como pelos poderes extraestatais, compreendendo que o Estado não é o único capaz de oprimir o desenvolvimento da personalidade (SILVA, 2012, p. 132-133).

Contudo, essa transição ideológica para o constitucionalismo social, fez com que a ciência jurídica formulada durante o século XIX entrasse em colapso. O constitucionalismo social busca reconciliar o Estado com a sociedade, porém, na medida que se compromete com os fins sociais, desestabilizou a normatividade da Constituição. A programaticidade forçou uma releitura do conceito jurídico de Constituição elaborado pelos constitucionalistas do Estado

Liberal, reconfiguração tão profunda que se passou a questionar a eficácia das normas constitucionais (BONAVIDES, 2004, p. 232-233).

Os princípios sociais elevados a categoria de norma constitucional traziam desafios muito mais sérios para a sua conversão em direitos subjetivos correlatos se comparados aos antigos direitos de liberdades do constitucionalismo liberal. A falta de aparelhamento teórico para interpretar e manejar os novos institutos e princípios introduzidos pelo constitucionalismo social, fez com que o velho Direito Constitucional entrasse em crise (BONAVIDES, 2004, p. 233).

Paulo Bonavides (2004, p. 372-373) ensina que o grande desafio do Direito Constitucional contemporâneo é o de juridicizar o Estado Social. A falta de criatividade das instituições constitucionais otimiza essa dificuldade, é necessário estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. A Constituição Federal brasileira de 1988 avançou bastante nesse sentido, inaugurando diversos instrumentos processuais no sentido de garantir os direitos sociais, dentre eles o mandado de injunção

O grau de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais passou a ser um ponto delicado do constitucionalismo do segundo pós-guerra. O constitucionalismo dirigente foi minucioso no seu compromisso com seu conteúdo social, porém isso trouxe, muitas vezes, grande imprecisão normativa, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas passaram a ser traduzidas na Constituição apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas, são estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático* (SILVA, 2012, p. 133-134).

O estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais é mais sensível em relação as normas programáticas. Perceba, no exemplo da ordem constitucional brasileira de 1988, a Constituição Federal é repleta de normas de intenção, as quais vem sendo tratadas como se não tivessem imperatividade jurídica, sendo que estas normas manifestam os elementos socioideológicos da Constituição, indicando os fins e objetivos do Estado, determinando o sentido geral da ordem jurídica (SILVA, 2012, p. 136). Os legisladores encontram nos direitos sociais um padrão de conduta que deve ser seguido no exercício das suas atribuições, vinculando-as à realização da justiça social (VERDÚ, 2007, p. 78).

Juridicizar o Estado Social é o desafio. Garantir a eficácia dos direitos sociais geralmente manifestados por meio de normas de princípio programático é uma questão sensível do constitucionalismo contemporâneo. Não raras as vezes, a efetividade total desses direitos é



inviabilizada pela inércia legislativa abusiva, enredo que gera a inversão da relação entre poder constituinte e poder constituído, onde este (poder constituído) passa a determinar qual disposição daquele (poder constituinte) terá real efetividade, problemática que motivou a elaboração do mandado de injunção brasileiro.

## 2.2. A PROBLEMÁTICA DA INACÇÃO NORMATIVA

A Constituição é um corpo de normas jurídicas, compõe-se, portanto, de preceitos obrigatórios que organizam o poder político e regram a conduta, tanto dos órgãos estatais quanto dos cidadãos. Nesses termos, como toda norma jurídica, pode ser descumprida tanto de forma comissiva, como omissiva (BARROSO, 2006, p. 153-154).

Ao compreender a possibilidade de desrespeitar a Constituição tanto por ação, como por omissão, percebe-se com mais clareza como a consagração do constitucionalismo social fragilizou a juridicidade da Constituição ao assimilar o caráter programático dos direitos sociais, pois estes novos direitos não dispunham de instrumental jurídico suficiente para que se fizessem eficazes (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 33). Assim, ao se deparar com a inconstitucionalidade manifesta através de um *non-facere*, os juristas perceberam que a ordem jurídica não se encontra eficientemente aparelhada para sancionar e sanar a omissão ou inércia dos órgãos estatais (BARROSO, 2006, p. 154).

O reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais não significou o fim da transição ideológica para o constitucionalismo social, faltando-lhe a atualização dos instrumentos democráticos com as novas exigências da constituição dirigente, a fim de viabilizar a reconstrução da juridicidade fragilizada especificamente pela omissão normativa inconstitucional (CANOTILHO, 1994, p. 348).

Nesse enredo de adaptação, percebe-se que a problemática da inércia normativa atenta contra a compreensão material das constituições dirigentes, exigindo, portanto, uma contramedida. Para Canotilho (1994, p. 348), trata-se de um tema muito sensível, de tal forma que não mais ocupa o campo das garantias somente jurídicas, migrando para o terreno das garantias democráticas.

No mesmo sentido, André Puccinelli Júnior (2013, p. 135) argumenta que o silêncio legislativo é um veneno à ordem constitucional, trata-se de uma abstenção condenável que investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, culmina por erodir o quadro de valores constitucionais, desmerecendo a sua força normativa.

A inércia normativa não é exclusividade do constitucionalismo brasileiro. O debate sobre o controle de constitucionalidade das omissões inconstitucionais tem chamado a atenção da

comunidade internacional. Ilustra bem essa realidade o fato deste ter sido o tema central da XIV Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, realizada em junho de 2008 na Lituânia que contou com a participação de 36 países (QUINTAS, 2016, p. 225).

A primeira ordem constitucional que contemplou expressamente um mecanismo de combate a esta dificuldade foi a da antiga Iugoslávia em 1974, a qual inspirou a experiência portuguesa que, em 1982, passou a ter um mecanismo jurisdicional de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (V. art. 283 da Constituição de 1976) que inspirou diretamente criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão brasileira na Constituição de 1988, inspiração que não se limitou ao Brasil, alcançando outras constituições lusófonas, como angolana e timorense (FONSECA, 2016, p. 45-47).

Contudo, até pouco tempo, a teoria da omissão inconstitucional era um monopólio da dogmática alemã, marcante a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1277). De logo, proclamou a Alemanha, no artigo 20, 1, um *Estado federal, democrático e social*, bem como fez constar a previsão expressa, nos artigos 1.3 e 20.3, que *os direitos fundamentais discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativos, executivo e judiciário*, além de que *o poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito* (CAIXETA, 2015, p. 50).

Comandos nesse sentido replicaram-se em outros países. No Brasil, destaca-se as orientações do art. 5º, §1º, da CF/88 que, embora não estabeleça expressamente a vinculação expressa do legislador, determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Destarte, percebe-se que, inspirando-se na experiência alemã, passou-se a comprometer e vincular o legislador à efetividade da Constituição, desde então, as normas constitucionais perderam o caráter programático. A existência de uma inconstitucionalidade por um *não fazer* só foi possível a partir do instante que se compreendeu essa vinculação e compromisso (CAIXETA, 2015, p. 50-52).

A prevalência da norma constitucional sobre a infraconstitucional, a subordinação do poder constituído ao poder constituinte e o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais, a priori, deveriam ser motivos suficientes para obrigar ou, pelo menos, incentivar o legislativo a cumprir as imposições da Constituição, diante do seu dever jurídico-constitucional de agir. Contudo, vem se mostrando insuficientes para tal fim, porém servem para caracterizar a abstenção legiferante como agressão negativa inconstitucional dos direitos dos cidadãos, pois a exigência de conformidade de todos os atos com a Constituições, alcança também os atos omissivos (CANOTILHO, 1994, p. 330-331).

O cerne do problema da inação normativa não é reconhecimento do dever normativo-constitucional dos legisladores de elaborarem as leis reguladoras das normas constitucionais, mas sim quando se trata de determinar quais os instrumentos jurídicos de proteção contra omissões legislativas inconstitucionais. O grande desafio é determinar se é possível exercer um controle jurisdicional sobre a inércia normativa do legislador ordinário, configurar um direito à emanção de normas sólido e como este acontecerá é a peleja (CANOTILHO, 1994, p. 338-339).

Em outras palavras, a existência de um dever jurídico do Estado legislar é tranquila, resta saber se de tal dever advém a possibilidade de controle jurisdicional sob o prisma do princípio da separação de Poderes (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 55). Carlos Augusto Alcântara Machado (2004, p. 133) explica ser necessário reavaliar o dogma de que o *cidadão não tem o direito de exigir a emanção de normas jurídicas*, principalmente, quando se tratar de direitos fundamentais não implementados por falta de norma regulamentadora.

Kelsen ressaltava que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei seria inadmissível, isso em 1911. A Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. O dogma de que o cidadão não tem direito de exigir a emanção de normas jurídicas assentava-se na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1377-1378).

Como dito, até a pouco tempo, a teoria da omissão inconstitucional era praticamente um monopólio da dogmática alemã, a qual passou a sinalizar em prol da existência do dever constitucional de legislar quando o legislador incorresse não só numa omissão total, mas também parcial, reconhecendo até inconstitucionalidade por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1377-1379).

A questão relativa à existência de um dever de legislar, em especial um dever de legislar para concretizar direitos sociais, é pré-condição para a possibilidade de se afirmar a existência de omissão legislativa inconstitucional. Trata-se de tomar consciência de que a decisão de legislar, a despeito de concretizar atividade política, não está integralmente ao arbítrio do legislador (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 45-46).

Contudo, a primazia do legislador democrático na definição de meios e recursos só pode ser afastada em circunstâncias pontuais em que se possa fundamentar, a partir da Constituição, a falha institucional do legislador, por exemplo nos casos de omissão normativa inconstitucional. Nesse enredo, a ordem constitucional de 1988 avançou consideravelmente inaugurando diversos dispositivos para o combate dessa mazela, como a Ação Direita de

Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 130-131).

Eurico Bittencourt Neto (2009, p. 62) defende que, por conta da sua natureza de direitos fundamentais, os direitos sociais impõem ao Legislativo o dever jurídico de lhes conferir eficácia prestacional e, por se tratar de um dever jurídico, não se pode negar a competência do Judiciário para fiscalizar o seu cumprimento. Entretanto, relevante pontuar que o reconhecimento deste dever jurídico não autoriza uma concepção de hiperdirigismo constitucional, postura incompatível com o princípio democrático no seu viés do pluralismo político.

Acerca dos argumentos para contestar um direito a emanção de normas, em linhas gerais, giram em torno da impossibilidade técnica de exigir este direito em juízo e do resguardo do princípio da separação dos poderes que impediria os juízes de se intrometerem na liberdade de conformação do legislador (CANOTILHO, 1994, p. 340). Ocorre que, como dito nas linhas anteriores, atualizar os instrumentos democráticos às novas exigências do constitucionalismo social é fundamental para a consolidação dos avanços alcançados. Neste contexto, ponto que vem sendo pressionado é o redimensionamento das premissas do princípio da separação dos poderes (BARROS, 2012, p. 154-155).

Com o advento do modelo de Estado Social, o princípio da separação de Poderes, herdado do constitucionalismo liberal, vem adquirindo novas feições e particularidades que variam a cada ordem constitucional, por isso a separação de Poderes não pode ser erigida como argumento jurídico sem que se tenha em conta seu perfil em cada Constituição positiva. Em tese, tal princípio não é impeditivo do controle jurisdicional das inconstitucionalidades por omissão legislativa, deve ser analisado como a repartição de atribuições entre os poderes está articulado na Constituição, a fim de verificar o limite de atuação de cada um (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 57-59).

Tentar aplicar o princípio da separação dos poderes na sua perspectiva estanque clássica no constitucionalismo contemporâneo subverteria esta teoria que passaria a garantir não mais direitos fundamentais, mas uma estrutura de poder, acabaria por tomar feições antidemocráticas e totalitárias, esvaziando o teor social do novo Estado democrático, impedindo o progresso das instituições no rumo da social-democracia em prol da manutenção de um formalismo intransigente que deseja à força a divisão de poderes em esferas quase incomunicáveis (BONAVIDES, 2007, p. 64; 74).

Conrado Hübner Mendes (2008, 172; 212), ciente desse contexto, vem propor um modelo de interação que se orienta por princípios deliberativos, se preocupando em criar uma “cultura

de justificação” para além do puro jogo de forças, tentando elaborar um tipo mais desejável de “reatividade política”, pensando, especificamente, em condições que maximizem a legitimidade das cortes que passariam a abrir margem para um diálogo aberto com o legislador.

Assim, na realidade brasileira, quando o Judiciário concede a injunção, suprimindo provisoriamente os efeitos negativos da inércia do legislador ordinário, por meio do uso regular do mandado de injunção, estaria o Judiciário atritando com o princípio da separação de Poderes?

Na ordem constitucional de 1988, o mandado de injunção surge como um instrumento constitucional que autoriza, excepcionalmente, o Judiciário a afastar a primazia do Legislativo, em prol do direito subjetivo constitucional do cidadão que está sendo prejudicado pela inércia inconstitucional do legislador ordinário, inação que compromete, de modo grave, a estrutura constitucional. Assim, não sendo a separação de poderes um dogma pré-definido e supraconstitucional, pode-se afirmar que o mandado de injunção compõe a arquitetura constitucional de maneira a autorizar que o Judiciário exerça uma função que, em regra, cabe ao legislador em nome dos valores constitucionais (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 131).

Há época da inauguração do mandado de injunção, Pinto Ferreira (1989, p. 96) já sinalizava que o uso regular deste instrumento, mesmo quando este concedesse a injunção, não significaria propriamente a uma atuação irregular do Judiciário, mas tão somente o cumprimento de uma atribuição que lhe foi dada pelo constituinte. Partilhando da mesma perspectiva, Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 14) escreveu que:

Note-se, todavia, que ao conceder a *injunção* esse Poder não invade a competência dos outros, por duas razões: a primeira porque antes de deferi-la dá ao poder regulamentador a oportunidade para praticar o ato; a segunda porque, se ele não praticá-lo, limitar-se-á a suplementá-lo no uso de seu poder jurisdicional. Insta dizer que somente quando ele se alheiar ao *mandatum faciendi* é que o Poder Judiciário suprirá a sua vontade e adiantará, ao requerente, a prestação pessoal positiva ou negativa da obrigação.

É claro que para adiantar a prestação que vem sendo frustrada pela omissão do devedor, a autoridade judiciária já deve ter aferido, dentro dos parâmetros de sua competência e segundo o critério de legalidade, a anomalia do retardo, e chegado à conclusão de que ela é ilegítima, isto é, contrária à lei.

O desafio é delimitar as fronteiras do que se consideraria o uso adequado dessa ação constitucional. Nesta senda, se faz necessário identificar com precisão quando a ausência de lei pode vir a ser considerada uma omissão legislativa inconstitucional, tendo em vista que nem toda falta de lei, por si só, significa o descumprimento do dever de agir do legislador (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 47). Em outras palavras, deve-se identificar com precisão quando se estará, de fato, encarando a problemática da inação normativa *inconstitucional*.

O processo de elaboração legislativa consome tempo, por isso não poderia o legislador

ordinário ser tachado de omissão no dia seguinte a promulgação da Constituição, por isso que a análise da omissão legislativa não pode ignorar a apreciação do fator tempo, o juízo da inconstitucionalidade por omissão é sempre um juízo sobre o tempo útil, razoável e necessário para proceder à integração da normatividade constitucional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 136).

A inconstitucionalidade por omissão normativa não se confunde com a “simples lacuna técnica” ou “situação constitucional imperfeita”, pois requer um elemento adicional para a sua configuração, o lapso temporal. As “lacunas técnicas” seriam quando, por opção dos próprios constituintes, se deixa ao legislador ordinário a tarefa de posterior elaboração da norma reguladora. Incumbência que só se tornará omissão inconstitucional quando decorrer o prazo previamente estabelecido ou do prazo razoável para a satisfação desse dever (FONSECA, 2016, p. 35-36).

A determinação do que será considerado “prazo razoável” para a edição da norma regulamentadora faltante vai depender da noção de razoabilidade do julgador, o qual deverá fornecer parâmetros aferíveis para a sua decisão. O juízo de razoabilidade não deve ser arbitrário, ele precisa ser devidamente fundamentado (FONSECA, 2016, p. 37-38). Determinar o decurso do prazo razoável é identificar quando a negativa ou a resistência em tornar a norma constitucional autoaplicável é tida como comportamento abusivo e ensejador da intervenção judicial (OLIVEIRA, 2004, p. 42).

O julgador deverá determinar o *prazo razoável* de forma a não comprimir esse lapso de tempo a um período tão estreito que inviabilize a atuação dos legisladores, bem como não lhe atribua conotação tão elástica a ponto de ratificar uma omissão continuada, especialmente, quando esta vem a prejudicar fruição dos direitos fundamentais (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 137-138).

Opondo-se a ideia de que a inconstitucionalidade por omissão normativa se vincula ao elemento tempo, conforme vêm-se explicando, Canotilho (2011, p. 1037) argumenta que a inconstitucionalidade da omissão legislativa não mantém, necessariamente, conexão com a noção de prazos ou tempos dentro dos quais deveria ter acontecido a integração legiferante. O momento decisivo para caracterizar a omissão legislativa inconstitucional seria o instante em que se verifica que a ausência da norma regulamentadora é prejudicial à operatividade prática das normas constitucionais, ou seja, quando se percebe que a medida legislativa faltante é indispensável para garantir da efetividade constitucional.

Todavia, ao ver desta pesquisa, entende-se tanto que o critério apresentado pelo doutrinador português seria apenas mais um método para determinar o “prazo razoável”, como

que incapaz seria este critério para diminuir o prazo determinado constitucionalmente para que o legislador elabore a norma regulamentadora, configurando um sufocamento do prazo útil necessário para a atuação dos legisladores.

Além do fator tempo, há outros pontos que devem ser levados em consideração para que se possa afirmar a inação normativa inconstitucional do legislador ordinário pernicioso à ordem constitucional. João Francisco N. da Fonseca (2016, p. 33) defende que a inconstitucionalidade por omissão somente ocorre com o desrespeito de uma obrigação constitucional específica de editar ato legislativo ou administrativo-normativo indispensável para viabilizar a plena eficácia de determinada norma constitucional, sendo inviável, portanto, que a referida omissão possa vir a acontecer em face de um conjunto de princípios e regras indeterminados.

Delimitar bem a noção de inconstitucionalidade por omissão é necessário para evitar a erosão da força normativa da constituição resultante da banalização das inconstitucionalidades, como também para identificar os casos em que se pode acusar o legislador de omissões inconstitucionais (CANOTILHO, 1994, p. 333). O silêncio legislativo não se reduz a um simples não fazer, para ganhar significado deve conxionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando um dever geral de legislar (CANOTILHO, 2011, p. 1033).

Canotilho (2011, p. 1034) partilha da mesma perspectiva ensinando que as omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, o não cumprimento da constituição derivado da não atuação de normas-fim ou normas-tarefa as quais trazem os fins e objetivos da constituição é também inconstitucional, porém a sua concretização depende da luta política. A disposição constitucional deve ser suficientemente precisa e concreta para que justifique a impetração do remédio constitucional.

Ademais, apesar de soar como óbvio, importante pontuar que a ideia de inconstitucionalidade implica, necessariamente, um descompasso direto e imediato entre a conduta ameaçadora e o texto constitucional. Em outras palavras, não é possível defender uma inconstitucionalidade indireta ou mediata, na qual a lesão à Constituição aconteceria por meio do desrespeito a uma norma interposta. Compreender ao contrário seria elevar ao patamar constitucional qualquer tipo de ilegalidade, banalizando a ideia de inconstitucionalidade por omissão (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 126).

Além do dito, necessário pontuar que as omissões normativas inconstitucionais não se limitam somente aos casos de ausência total de lei regulamentadora. A inconstitucionalidade por omissão pode acontecer tanto pela ausência total (omissão inconstitucional total), como parcial (omissão inconstitucional parcial) da norma regulamentadora. Caracterizar-se-á

*omissão inconstitucional total* quando inexistir qualquer norma, enquanto a *omissão inconstitucional parcial* será quando a norma existente é incapaz de viabilizar a eficácia completa da norma constitucional (FONSECA, 2016, p. 41).

A omissão normativa parcial pode acontecer (I) tanto quando há uma deficiência técnica da lei regulamentadora, ou seja, quando a norma não traz todos os aspectos técnicos necessários para garantir a efetividade da norma constitucional, (II) como quando exista uma violação do princípio da igualdade, beneficiando um grupo em detrimento ou esquecimento de outro (FONSECA, 2016, p. 43-44). Raciocínio reforçado por José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 333) ao escrever que:

[...] O dever de legislação pode ser violado: (1) quando o legislador não emana qualquer preceito a executar as imposições constitucionais; (2) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; (3) quando os actos de legiferação, que se propõem realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.

Sabendo disso, é possível agora acompanhar a conclusão de João Francisco N. da Fonseca (2016, p. 45) que ensina que a análise do requisito do lapso temporal para configurar a mora abusiva do legislador apenas é relevante para identificar os casos de omissão normativa inconstitucional total, pois nos casos de omissão parcial esta será considerada inconstitucional desde a promulgação da norma deficiente ou insuficiente.

Além dessas duas formas de omissão legislativa, a doutrina mais recente salienta a possibilidade de omissão pelo não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar ou corrigir as normas de prognose incorretas ou defasadas. Trata-se da *omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento de normas*. A omissão consiste na falta de adaptação ou de aperfeiçoamento da norma, desatualização que se tornaria relevante quando passasse a prejudicar a efetivação de direitos fundamentais (CANOTILHO, 2011, p. 1035).

O dever de atualizar a legislação ordinária pode ser derivado de expressa previsão legal ou de mutações ocorridas no mundo dos fatos e dos valores. A interpretação das normas está condicionada pela realidade histórica em que opera o Direito, mudanças nos valores culturais são capazes de modificar o sentido das normas constitucionais, exigindo alterações no plano da legislação ordinária (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 142-143).

Independentemente do tipo de insuficiência normativa que esteja gerando a omissão normativa inconstitucional (se total, parcial ou por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma) apenas será superada com a promulgação da norma regulamentadora capaz de viabilizar integralmente o exercício do direito constitucional prejudicado. Isto implica dizer que a



existência de projetos de lei em tramitação ou qualquer tipo de debate parlamentar não são capazes de extinguir a omissão normativa inconstitucional (FONSECA, 2016, p. 40-41).

Reforçando, deve-se delimitar bem os casos que podem ser considerados como omissões inconstitucionais normativas, não se pode banalizar as inconstitucionalidades, sob pena de erodir a força normativa da Constituição. O Judiciário deve atuar de maneira comedida e responsável, sempre alinhada com a Constituição positiva, de forma a não sufocar a legitimidade democrática em prol da legitimidade constitucional, desequilibrando a distribuição de competências entre os Poderes e agredindo o princípio democrático, sob a justificativa da supremacia da Constituição (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 35-37).

O ponto ótimo da atuação jurisdicional no enredo de combate às omissões normativas inconstitucionais varia na medida da arquitetura de cada ordem constitucional. Tradicionalmente, a responsabilidade pela elaboração de uma norma necessária para a fruição de um direito constitucional é do Legislativo. Contudo, reconhecer a supremacia do legislativo não implica em aceitar que esta seja uma esfera de ação política livre de qualquer controle jurisdicional (BITTENCOURT NETO, 2009, p. 37-38).

Assim, especificamente sobre o contexto brasileiro, até a ordem constitucional de 1988, o direito brasileiro não dispunha de nenhum mecanismo de pressão tanto ao Legislativo, como ao Executivo (este no exercício da sua iniciativa regulamentadora), no sentido de implementar leis que viabilizassem direitos subjetivos constitucionais, ficando, assim, o texto constitucional como se “letra morta” fosse, neste limbo tendo permanecido diversos direitos, tais como a participação do trabalhador no lucro da empresa (OLIVEIRA, 2004, p. 33).

A falta de amadurecimento da matéria era a justificativa que o legislador ordinário pré-ordem constitucional de 1988 utilizava para defender a sua inércia. Nesse enredo, o titular do direito subjetivo constitucional ficava com a fruição deste prejudicada, pois o legislador não poderia ser compelido a cumprir seu dever de legislar, ficando a mercê da boa ou má vontade deste, restando-lhe apenas a opção de conformar-se, sem poder fazer nada, pois não contava com os meios legais para suprir os efeitos negativos da inação do legislador, sendo obrigado a conformar-se com a negligência alheia (SANTOS, 1988, p. 13-14).

A preocupação com a eficácia das normas constitucionais era tão grande a época dos debates constituintes da ordem constitucional de 1988 que resultaram na criação de duas diferentes ações constitucionais para enfrentar a problemática da inação normativa inconstitucional: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (FONSECA, 2016, p. 49). A respeito das esperanças sobre a efetividade destes instrumentos, Canotilho (CANOTILHO, *apud* MORAES, 2015, p. 181) expôs:

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

Atendo-se ao foco deste trabalho, o mandado de injunção, importante pontuar que este é marcado pela transitoriedade, sendo necessário somente enquanto perdurar a omissão legislativa, perdendo a sua decisão eficácia no momento em que o Poder Legislativo cumprir o seu papel e elaborar a norma regulamentadora na faltante (NEVES, 2017, p. 128). De toda forma, no tópico seguinte, verticalizar-se-á sobre o mandado de injunção, instrumento de combate a esta dificuldade tão sensível à estrutura do Estado Social e Democrático de Direito, a inação normativa inconstitucional

### **2.3. A GÊNESE DO MANDADO DE INJUNÇÃO DA CF/88**

Até o advento da ordem constitucional de 1988, o direito brasileiro não contava com nenhum remédio eficaz para pressionar o legislador ordinário no sentido de implementar leis que viabilizassem as normas constitucionais. O titular de direito subjetivo constitucional que tivesse a fruição deste direito a depender de legislação integradora era obrigado a conformar-se com a negligência do Poder Público, pois a norma que estivesse pendente de ato regulamentador não produziria seus efeitos até que a legislação específica fosse elaborada. O mandado de injunção foi instituído para modificar esse enredo de abuso (OLIVEIRA, 2004, p. 33-34).

A partir da Constituição de 1988 ninguém será obrigado a aceitar passivamente a negligência do legislador ordinário que retarde o gozo e fruição de direitos subjetivos constitucionais que hibernem em sede de não-aplicabilidade por ausência de norma regulamentadora (OLIVEIRA, 2004, p. 43).

#### **2.3.1. PROPOSTAS E DEBATES NO CONGRESSO CONSTITUINTE**

A preocupação com a criação de mecanismos que vedassem a perpetuação da omissão dos órgãos competentes em regulamentar normas constitucionais era notória antes mesmo do início do processo constituinte. A Comissão Afonso Arinos já previu, no art. 10, §1º de seu anteprojeto de Constituição, que, na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o juiz decidiria o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional (PFEIFFER, 1999, p. 23-24).

Refletindo essa preocupação, os membros do Congresso Constituinte de 1988 mantiveram em pauta a necessidade de implementação de mecanismos que conferissem força vinculativa efetiva a todos os preceitos constitucionais. Debate que se manteve vivo durante as quatro fases que compuseram o processo de elaboração da ordem constitucional de 1988: a fase de Subcomissões, a das correspondentes Comissões Temáticas, a da Comissão de Sistematização e a do Plenário (PFEIFFER, 1999, p. 24).

Na fase das Subcomissões Temáticas, destaca-se a proposta nº 155-4 do senador Virgílio Távora e do deputado Carlos Virgílio que apresentou os primeiros contornos do mandado de injunção, introduzindo-o como instrumento de combate a inconstitucionalidade por omissão e vinculando-o ao rito processual do mandado de segurança (PFEIFFER, 1999, p. 25).

O senador Virgílio Távora com as suas duas sugestões abre o caminho para a constitucionalização dos institutos de controle das omissões legislativas (sugestões nº 155-4 e nº 156-2) propostas em 27 de março de 1987. A primeira, como dito, apresentava o mandado de injunção, enquanto a segunda, sugestão nº 156-2, definia a inconstitucionalidade por omissão (SEGADO, 2017, p. 68).

A intenção do criador do mandado de injunção com isso era a de introduzir no constitucionalismo brasileiro um instrumento de controle concreto de constitucionalidade capaz de integrar normativamente o direito constitucional. Objetivo que fica claro ao estudar a justificativa das suas duas sugestões, na qual o senador Virgílio Távora faz menção expressa a necessidade de se criar um instituto jurídico-processual para efetivação das normas de direitos públicos subjetivos (MACIEL, 1989, p. 121-122).

A sugestão nº 155-4 foi recusada na sua redação original. Diversos constituintes apresentaram emendas ao texto. Chegou-se inclusive a propor novos nomes para o mandado de injunção, porém consagrou-se aquele apresentado e inaugurado por Virgílio Távora (MACIEL, 1989, p. 125-126). Dentre as comentadas emendas, merece menção as sugestões nº 367-1 do senador Rui Bacelar, a nº 297 do deputado Michel Temer e a nº 96 da deputada Anna Maria Rattes que partilhavam da mesma preocupação, partilhando inclusive de redação semelhante (PFEIFFER, 1999, p. 25).

Emendas modificativas foram apresentadas com o fito de adequar a finalidade do mandado de injunção à realidade brasileira (SAMPAIO, 1989, p. 172). Dentre tantas, Luiz Augusto Paranhos Sampaio (1989, p. 172), destacou a de Lavoisier Maia, a qual, na sua justificativa, deixa clara a intenção dos constituintes em relação a este inédito instrumento constitucional:

Não tem sido muito favorável para nós a cópia pura e simples de disposições

alienígenas. Se o Direito é também linguagem, não se pode admitir que o texto constitucional contenha palavras que não se adequem à comunicação brasileira.

**A expressão *mandado de concretização* manifesta, de modo claro, a ‘ratio’ e a ‘mens legis’, pois demonstra que a intenção do constituinte foi a de criar um dispositivo constitucional capaz de implementar a norma, retirando-a do campo da omissão.**

O termo ‘injunção’ provém do inglês americanizado ‘injunction’ e não reflete, para nós, a mesma significação do direito anglo-saxônico. E, sendo assim, é mais oportuno e conveniente substituir a palavra ‘injunção’ por ‘concretização’ à vista de ser mais inteligível para o povo o significado desse último vocábulo.” (grifo nosso).

Importante modificação foi sugerida pelo então senador Fernando Henrique Cardoso por meio da Emenda nº 34.970 de 05 de setembro de 1987, esta trouxe três importantíssimas modificações: (I) transformou o mandado de injunção em uma norma constitucional de eficácia limitada, pois suprimiu a referência ao rito processual do mandado de segurança, estatuinto a necessidade de edição de Lei Complementar; (II) restringiu o âmbito de atuação desse remédio para a tutela das liberdades constitucionais; e (III) foi suprimido o artigo que dispunha sobre o mandado de injunção na área da educação. No Projeto de Constituição “B”, houve a última alteração na redação do *writ*, trazendo a redação que se encontra no texto constitucional (PFEIFFER, 1999, p. 27-28).

Neste contexto de preocupação em assegurar a efetividade das normas constitucionais que reclamassem regulamentação, abriu-se a possibilidade de Controle de Constitucionalidade por omissão, o qual seria exercido por meio de dois instrumentos processuais, quais sejam: Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (FONSECA, 2016, p. 49).

Atendo-se ao mandado de injunção, percebe-se que a intenção do Constituinte Virgílio Távora não era de inaugurar um instrumento de combate à omissão normativa inconstitucional aos moldes do art. 283 da Carta portuguesa de 1976, um mecanismo limitado ao reconhecimento formal da inconstitucionalidade por omissão, seu objetivo era o de criar um mecanismo de controle concreto da inação normativa (SAMPAIO, 1989, p. 170-171). Instrumento sem parâmetros na experiência internacional, sendo uma construção própria do constitucionalismo brasileiro (FERREIRA FILHO, 1999, p. 314).

Na verdade, não há um consenso doutrinário acerca da origem do mandado de injunção. Para José Afonso da Silva, Francisco Antônio de Oliveira e Pinto Ferreira, a fonte mais próxima é a experiência norte-americana, o *writ of injunction*. No sentido contrário, vem Luiz Augusto Paranhos Sampaio, Hely Lopes Meirelles, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, André Puccinelli Júnior e Celso Ribeiro Bastos que defendem que se trata de uma novidade introduzida pelo direito brasileiro (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 184).

Esta pesquisa filia-se ao entendimento de que se trata de um instrumento novo, inaugurado pela doutrina brasileira, de maneira a que da *injunction* norte-americana aproximasse tão somente o nome (SAMPAIO, 1989, p. 172). No Direito anglo-saxônico, o *writ of injunction* tem objetivos muito mais amplos, prestando-se a solucionar questões de direitos público e privado (MEIRELLES, WALD, MENDES, 2014, p. 332).

A *injunction* inglesa é uma ordem que pode (I) proibir alguém de fazer determinada coisa – *prohibitory injunction* – ou (II) compelir uma pessoa a fazer ou restaurar algo – *mandatory injunction*. Aproxima-se, quando muito, do mandado de injunção brasileiro por atuar sempre dentro do espírito da *equity*, ou seja, quando há ausência de lei escrita ou de precedentes da *common law*. Contudo, em que pese este ponto, a *injunction* inglesa distingue-se do mandado de injunção brasileiro, pois aquela exige um vácuo legislativo completo, enquanto o mandado de injunção procura trazer eficácia para normas constitucionais que dependem de norma regulamentadora para produzir plenos efeitos, ou seja, necessita que haja um direito subjetivo constitucional prejudicado previamente estabelecido, enquanto a *injunction* inglesa atua na completa falta de norma (PFEIFFER, 1999, p. 32).

A *injunction* norte-americana se distingue ainda mais do mandado de injunção brasileiro, quando se identifica que ela atua mais no sentido de coibir o desrespeito às normas constitucionais, leis ou obrigações contratualmente pactuadas, perfeitamente exigíveis, ou seja, que alcançam a sua eficácia plena independentemente de regulamentação posterior, sendo este o ponto principal de distinção com o mandado de injunção brasileiro que se destina a viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais prejudicados pelo legislador inerte (PFEIFFER, 1999, p. 33-34).

Há ainda aqueles que apontam para o *verfassungsbeschwerde* do direito alemão como fonte inspiradora para o mandado de injunção brasileiro. Trata-se de um instrumento do direito alemão disponível a qualquer cidadão que tenha lesado os seus direitos fundamentais por conta de uma ação ou omissão do Poder Público. Ao decidir, o Tribunal poderá reconhecer formalmente a mora do legislador e conceder a injunção necessária até que, no futuro, seja editada a norma regulamentadora pelo órgão competente (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 185).

Em que pese existirem similitudes entre o *verfassungsbeschwerde* e o mandado de injunção brasileiro, também há diferenças essenciais: (I) o instrumento alemão presta-se a impugnação de qualquer violação (omissiva ou comissiva), enquanto o mandado de injunção atua apenas sobre omissões legislativas. (II) O *verfassungsbeschwerde* exige o esgotamento da via processual ordinária e a presença do perigo de dano irreparável à vítima, requisitos inexistentes ao

mandado de injunção (PFEIFFER, 1999, p. 36).

(III) O *verfassunsbeschwerde* quando utilizado para combater atos omissivos, somente é utilizado para o combate de omissões legislativas parciais, pois, no direito alemão, há a distinção entre dever constitucional de legislar (*vertretbarer Auftrag*) e a exigência constitucional insuprível (*unvertretbarer Auftrag*), aquela (dever constitucional de legislar) seria quando há razoável eficácia à norma constitucional que traz parâmetros mínimos de aplicação aos tribunais, enquanto a exigência constitucional insuprível seria quando não há parâmetros mínimos para a aplicação da norma constitucional que exige ampla regulamentação, nesse caso, o Tribunal Constitucional limita-se a reconhecer formalmente a inconstitucionalidade, mas não concede a injunção (PFEIFFER, 1999, p. 35-36).

Em outras palavras, o instrumento alemão somente concede a injunção quando há omissão legislativa parcial, enquanto o mandado de injunção foi pensado, principalmente, para impugnar a omissão normativa total, vindo em socorro daqueles direitos constitucionais completamente inoperantes por conta da ausência da regulamentação necessária (PFEIFFER, 1999, p. 36-37).

Nesse enredo, percebe-se que o mandado de injunção surgiu e foi pensado para combater a problemática da omissão legislativa conforme esta se apresentava na realidade brasileira, tendo como objetivo inequívoco de garantir que os direitos subjetivos constitucionais não passassem a ser letra morta pela endêmica aquiescência do legislador brasileiro (SEGADO 2017, p. 70).

Embora muito festejado pela doutrina, não faltaram algumas posições minoritárias críticas, bem como divergências de entendimentos acerca dos detalhes deste novo instituto. Celso Ribeiro Bastos (1988, p. 357) ao tratar sobre a finalidade do mandado de injunção, celebrava a singularidade deste instituto, deixando claro que o fim a que este mecanismo se prestava era o *de garantir ao impetrante o asseguramento de um direito que, contemplado na Constituição, não lhe é deferido por quem de direito por falta de uma norma regulamentadora que torna viável o exercício do aludido direito*. Pinto Ferreira (1989, p. 96) conclui no mesmo sentido ao escrever que:

**O mandado de injunção permite a qualquer cidadão o direito de exigir o cumprimento da norma constitucional que não foi regulamentada.** Ocorre, destarte, pela inexistência de norma regulamentadora dos direitos constitucionais. Assim sendo, tal direito tem o seu exercício dependendo de regulamentação (grifo nosso).

Entretanto, em que pese as intenções claras para o mandado de injunção se tornar um

instrumento concreto de controle de constitucionalidade por omissão, a falta de experiência e de parâmetro abriu margem para dúvidas sérias acerca das suas novas fronteiras nesse momento dos seus primeiros passos na ordem constitucional brasileira, o que lhe dificultou bastante alcançar a envergadura desejada pelo constituinte.

Debate sensível que marcou a gênese do mandado de injunção foi acerca dos efeitos da sua decisão. Três hipóteses surgiram na época: (I) primeira, o próprio Judiciário editaria a norma faltante com eficácia *erga omnes*, (II) segunda, o provimento jurisdicional deve tão somente resolver aquele caso concreto específico, sem qualquer possibilidade de que o decidido beneficie terceiros não integrantes do feito. (III) Terceira hipótese, o Judiciário ordena que a autoridade omissa sane a sua omissão normativa inconstitucional (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 357-358).

Celso Ribeiro Bastos posicionando-se sobre essa questão argumentou que das três hipóteses pensadas para os efeitos do mandado de injunção, a mais adequada seria a segunda, ou seja, a de viabilizar que o magistrado conceda o provimento jurisdicional a cada caso que lhe é apresentado, concedendo a injunção para satisfazer os interesses do impetrante sem a necessidade de se transmutar em legislador (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 358-359). Adhemar Ferreira Maciel (1989, p. 128-129) também se filia a essa hipótese, a de que o Tribunal deverá decidir o caso concreto, argumentando que esse padrão decisório já vinha sendo tratado desde os debates no art. 10, §1º do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos.

Outro ponto controvertido que marcou a gênese do mandado de injunção é acerca da amplitude desta ação constitucional, ou seja, quais normas constitucionais estariam sob a sua guarda. Celso Ribeiro Bastos era categórico ao afirmar que *o propósito da garantia não é colher todo e qualquer direito da Constituição*, limitando-o aos direitos subsumidos debaixo do Título II da Constituição, arts. 5º ao 17 da CF/88 (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 360). Partilhando dessa perspectiva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 315) argumenta que omissões normativas referente a outros campos reclama não o mandado de injunção, mas a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Do outro lado, vem Luiz Augusto Paranhos Sampaio (1989, p. 173), Pinto Ferreira (1989, p. 96) e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (1999, p. 56; 58) que se posicionaram favoráveis ao uso do mandado de injunção a favor de qualquer direito subjetivo com assento constitucional que se veja prejudicado pela omissão normativa inconstitucional.

Houve a época inclusive posicionamentos que ampliavam ainda mais a abrangência do mandado de injunção no sentido de que seriam objeto de proteção do mandado de injunção todos os direitos e liberdades que tenham fundamento na Constituição ainda que não

diretamente contempladas no texto constitucional, e sim em alguma norma de nível hierárquico inferior (PFEFFER, 1999, p. 58-59).

Além do debate acerca dos efeitos da decisão e da abrangência do mandado de injunção, foi objeto de debate na doutrina a necessidade ou não de regulação do mandado de injunção para que este possa ter aplicabilidade (MACIEL, 1989, p. 129).

A maior parte da doutrina, de logo, se posicionou favorável à imediata aplicabilidade do mandado de injunção, tendo em vista ser desarrazoado defender o absurdo da necessidade de impetrar um mandado de injunção para viabilizar o exercício do direito de ajuizar mandados de injunção, tendo em vista ser ele o instituto criado para conferir plena efetividade a direitos subjetivos constitucionais. A solução encontrada foi a de utilizar, por analogia, o procedimento do mandado de segurança naquilo que coubesse (PFEIFFER, 1999, p. 28-29).

Devido a similitude com o mandado de segurança no sentido de ambos serem destinados a proteger direito individual ou coletivo maculados por atos ilegais ou abuso de poder da autoridade pública ou de seus agentes, estabeleceu-se que se utilizaria, por meio da analogia, o rito do mandado de segurança nos casos de mandado de injunção (SANTOS, 1989, p. 57-58).

Desse modo, em suma, percebe-se que o combate à inação legislativa é uma preocupação marcante na ordem constitucional de 1988, tanto que esta inaugurou dois mecanismos para combater a referida mazela, quais sejam: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, os quais, apesar de combaterem o mesmo mal, guardam suas peculiaridades.

### **2.3.2. DISTINÇÃO EM VISTAS DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ADO)**

A problemática da omissão inconstitucional é uma das grandes questões do constitucionalismo moderno, atacando diretamente a força normativa da Constituição, inviabilizando a realização do próprio Estado de Direito democrático. Sensível a esta questão o constituinte de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão inaugurando dois instrumentos atuantes nesse sentido: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1276).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão da mesma maneira que o mandado de injunção é uma inovação da ordem constitucional brasileira de 1988 que embora no texto constitucional não haja referência diretamente expressa a esta ação, existe a menção as consequências da declaração da inconstitucionalidade por omissão no art. 103, §2º da Constituição Federal de 1988. Esta foi a peculiar fórmula que o constituinte utilizou para



recepcionar este instituto processual no ordenamento jurídico (SEGADO, 2017, p. 63).

Como fonte inspiradora da ADO, aponta-se o direito português, porém, em que pese a clara inspiração, o instrumento brasileiro diferencia-se do lusitano (SEGADO, 2017, p. 63). A ADO brasileira é claramente mais abrangente que a ação de fiscalização portuguesa que lhe serviu de inspiração, tanto quanto ao objeto, como de legitimados ativos (FONSECA, 2016, p. 49-50).

O mandado de injunção (MI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) buscam combater a mesma causa, a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, que frustra as possibilidades de pleno uso dos direitos constitucionalmente assegurados, sendo, na verdade, esse o único ponto de encontro entre esses instrumentos, a busca da plena eficácia da norma constitucional, atuando no controle de inconstitucionalidade por omissão (BARROS, 2012, p. 220-221). Em que pese enfrentarem a mesma dificuldade, essas ações de controle de constitucionalidade por omissão diferenciam-se em aspectos materiais e processuais importantes.

Partindo da amplitude dos seus objetos, a ADO tem um espectro muito maior de alcance podendo tratar de qualquer omissão normativa, alcançando não só o produto do Legislativo, mas igualmente os atos que deixaram de ser praticados pelos órgãos administrativos. Assim, a ADO pode questionar tanto a falta de atos normativos primários, como a ausência de atos normativos secundários, como regulamentos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1099). O objetivo pretendido com a ADO foi o de conceder plena eficácia a qualquer norma constitucional que dependesse de complementação infraconstitucional (MORAES, 2015, p. 806).

Assim, o objeto da ADO é tão somente a mera inconstitucionalidade morosa dos órgãos competentes para a concretização da norma constitucional, alcançando tanto a atividade legislativa, como a atividade tipicamente administrativa que possa, de alguma maneira, afetar a efetividade de norma constitucional (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1382).

Em contrapartida, o mandado de injunção limita-se a suprir a omissão inconstitucional sempre que esta tornar inviável direito subjetivo constitucional, ou seja, não é qualquer omissão normativa que pode ser atacada pelo mandado de injunção, mas tão somente aquela que inviabilize o exercício do titular de direito subjetivo constitucional (QUINTAS, 2016, p. 214). O seu espectro é bastante limitado se comparado ao da ADO, pois trata-se de instrumento utilizado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, cujo objeto só alcança situações materialmente delimitadas caso a caso (BARROS, 2012, p. 222).

Dessa distinção, percebe-se outra a de que o mandado de injunção é um instrumento de

defesa de direitos subjetivos, enquanto a ADO é um mecanismo de tutela do direito objetivo (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 211). Colocando de outra forma, enquanto o mandado de injunção tem como função a tutela de direito subjetivo previsto em norma constitucional não exequível por si mesma, a ADO atua na defesa da ordem jurídico-constitucional (FONSECA, 2016, p. 52). Tal como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ADO não tem outro escopo senão o da defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis (MENDES; BRANCO, 2020, p. 1380).

Nesse enredo, diz-se que a ADO é uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, enquanto o mandado de injunção seria uma de controle concreto, uma vez que uma (ADO) abstrai-se da situação conflitiva concreta, enquanto a outra (MI) vincula-se a resolução de uma demanda específica (BARROS, 2012, p. 223). Na ADO, busca-se apenas analisar a validade constitucional da norma, mas no mandado de injunção, o estudo da constitucionalidade da norma não é o fim do processo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 770). Francisco Antônio de Oliveira (2004, p. 60-61) retrata bem essa conclusão ao escrever:

O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente, em favor do impetrante, o direito, a liberdade ou a prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

Ao perceber que o MI é uma ação de controle concreto, enquanto a ADO é uma ação de controle abstrato de constitucionalidade, consegue-se compreender com clareza as distintas finalidades de cada uma dessas ações. A ADO tem por finalidade a declaração formal da inconstitucionalidade por omissão e, conforme o caso, ciência ao Poder incumbido de editar a norma ou ordem para a autoridade administrativa tomar providências necessárias (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1096). Enquanto o mandado de injunção tem por finalidade possibilitar a fruição imediata do direito constitucional do impetrante (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 211).

Atente, a natureza jurídica das sentenças é distinta. Na ADO, a sentença pode ser declaratória, quando se limita a comunicar o Poder competente acerca da inconstitucionalidade por omissão, ou mandamental quando a ação se dirige contra órgão administrativo e a sentença ordena-lhe a prática das providências necessárias (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 1098). No mandado de injunção, a sentença possui natureza constitutiva orientada para proporcionar o exercício de um direito constitucional inviabilizado por ausência de norma regulamentadora (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 211).

São notáveis também a distinção no que diz respeito aos legitimados. Apesar da ADO ter um objeto mais amplo, seu rol de legitimados ativo é bem reduzido, restringindo-se aqueles elencados no art. 103, da CF/88, dentre estes há ainda aqueles que precisam comprovar a pertinência temática (BARROS, 2012, p. 222-223).

São legitimados ativos especiais, a Mesa da Assembleia Legislativa, o Governador de Estado e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, portanto, exige-se destes a comprovação da pertinência temática, requisito que não foi instituído pelo texto constitucional, mas pelo Supremo Tribunal Federal. Os demais legitimados elencados no artigo 103, da CF/88 são os legitimados ativos universais e não precisam justificar a pertinência temática (BARROSO, 2019, p. 334).

No contexto de ADO, o conceito de legitimação deve ser visto com atenuações, levando-se em consideração a natureza abstrata do processo. A referência a partes assume um caráter apenas formal, porque não se está diante da tutela de situações jurídicas individuais, mas no guardo da própria Constituição. Está-se diante de legitimação extraordinária, pois a atuação não se dá na defesa em um direito próprio, mas em prol da supremacia da Constituição (BARROSO, 2019, p. 333-334). Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (2020, p. 1380) explicam bem essa situação ao escrever que:

Não se pressupõe, portanto, aqui, a configuração de um interesse jurídico específico ou de um interesse de agir. Os órgãos ou entes incumbidos de instaurar esse processo de defesa da ordem jurídica agem não como autor, no sentido estritamente processual, mas como um Advogado do Interesse Público ou, para usar a expressão de Kelsen, como um advogado da Constituição. O direito de instaurar o processo de controle não lhes foi outorgado tendo em vista a defesa de posições subjetivas. Afigura-se suficiente, portanto, a configuração de um interesse público de controle. Tem-se aqui, pois, para usarmos a denominação usada por Triepel e adotada pela Corte Constitucional alemã, típico processo objetivo.

No mandado de injunção, qualquer pessoa prejudicada no exercício de direito subjetivo constitucional em decorrência da inexistência de norma regulamentadora pode impetrá-lo (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 211). Também entidades de classe ou associativas e os sindicatos poderão ajuizar a ação do mandado de injunção nos casos de demanda coletiva (BARROSO, 2019, p. 188). Isto significa dizer que o próprio impetrante é o beneficiário imediato do direito dos efeitos do mandado de injunção (BULOS, 2018, p. 797)

Há igualmente distinção em se tratando de legitimidade passiva. Na ADO, a legitimidade passiva recai sobre a pessoa ou órgão responsável pela produção do ato exigido pela Constituição e que não foi editado (BARROSO, 2019, p. 355).

Já no mandado de injunção, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.300/16, o impetrado será o

órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora, porém há divergências doutrinárias quanto a essa questão, a corrente majoritária segue a orientação da legislação específica, porém há outras duas correntes plausíveis, uma, argumenta que deve figurar no polo passivo do mandado de injunção tanto a pessoa que suportará os efeitos da sentença, como o legislador inerte, outra, defende que terá a legitimidade passiva aquele responsável por implementar o direito (BULOS, 2018, p. 800).

Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 795) de forma sintética aponta que a legitimidade passiva caberá ao sujeito inibidor do exercício do direito. Luís Roberto Barroso (2019, p. 190) sobre o tema acrescenta:

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, afastando-se das duas correntes acima, firmou jurisprudência no sentido de que a legitimação passiva recai somente sobre a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação. A mesma posição prevaleceu na Lei 13.300/2016 (art. 3º).

Esse entendimento, naturalmente, não é compatível com a aquele que aqui se está afirmando, no sentido de que o objeto do mandado de injunção é o suprimento da norma faltante na solução do caso concreto, vinculando tão somente as partes do processo. Por tal ponto de vista, é a parte privada (ou não) devedora da obrigação prevista na norma constitucional que deverá figurar no polo passivo, e, quanto a ela, a decisão não terá caráter mandamental. No fundo, a divergência em relação à posição majoritária da Suprema Corte reside, precisamente, na atribuição que ela faz de natureza mandamental ao instituto.

A Constituição determina que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (V. art. 5º, LIV, CF/88), de forma que é preciso facultar àquele que sofrerá a execução, pelo menos, o exercício do contraditório e da ampla defesa (V. art. 5º, LV, CF/88). Assim, diante da possibilidade de suprir a norma faltante, determinando a injunção com efeito concretistas, é recomendável que se inclua no processo a parte devedora da obrigação como litisconsorte passivo facultativo (BARROSO, 2019, p. 191). Esse debate será retomado no tópico seguinte.

Além do dito, é oportuno apreciar as distinções no que trata a competência do órgão jurisdicional para apreciar os dois institutos de controle de constitucionalidade por omissão. A ADO segue o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, ao passo que o mandado de injunção acompanha o modelo difuso de controle de constitucionalidade (BARROS, 2012, p. 225). Isso significa dizer que o controle de constitucionalidade exercido por meio de ADO é conservado nas mãos da Corte Constitucional, enquanto aquele exercido mediante o mandado de injunção é distribuído entre os demais juízos competentes (SARLET; MARIONONI; MITIDIERO, 2012, p. 775).

A competência originária e recursal para apreciação do mandado de injunção foi distribuída pelo próprio texto constitucional, entre o Supremo Tribunal Federal (V. art. 102, II, *a*); o Superior Tribunal de Justiça (V. art. 105, I, *h*), o Tribunal Superior Eleitoral (V. art. 121,

§4º, V), os Tribunais de Justiça (V. art. 125, §1º) e os juízes de primeiro grau. A competência de cada juízo varia em razão da pessoa do impetrado. Enquanto a competência para processar e julgar originariamente a ADO é exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, *a*, da CF/88 (BULOS, 2018, p. 344; 801-802).

Em resumo, de maneira bem didática, Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 795) pontua com clareza os principais pontos de distinção entre a ADO e o mandado de injunção, sendo eles: *identidade, efeitos da sentença, legitimidade ativa e passiva, competência e finalidade*.

Nesses termos, tem-se que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é a ação de controle concentrado e abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal, quando exercida em razão de omissão decorrente de lei federal ou estadual em face da Constituição e que pode ser proposta pelos legitimados dispostos no art. 103 da Constituição, em vista da índole objetiva do processo (QUINTAS, 2016, p. 207-208).

Ao mesmo tempo que o mandado de injunção (MI) é a ação constitucional de controle difuso e concreto que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição e prejudicada pela inércia legislativa inconstitucional (MORAES, 2015, p. 181). Em outras palavras, constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição (SILVA, 2013, p. 450).

Pelo exposto, percebe-se o caráter complementar entre as referidas ações em prol da eficácia das normas constitucionais. Enquanto a função institucional da ADO é a defesa da ordem jurídico-constitucional, a do mandado de injunção é concretizar direito subjetivo constitucional prejudicado pela falta/insuficiência de norma regulamentadora. Na medida em que a ADO é uma ação que combate os efeitos negativos da inação legislativa inconstitucional em abstrato e de forma concentrada, o mandado de injunção é o instrumento de controle concreto e difuso (FONSECA, 2016, p. 52-53).

A ADO e mandado de injunção são inovações da ordem constitucional de 1988 que combatem a mesma dificuldade, por isso, por conta da falta de amadurecimento desses instrumentos no constitucionalismo brasileiro, compreende-se a confusão aparente entre estas ações em um primeiro momento.

Contudo, ao verticalizar sobre esses institutos percebe-se as suas peculiaridades que os distinguem completamente, sendo concebidos propositalmente assim. Ao serem elaborados, a intenção do constituinte foi a de aparelhar da maneira mais completa possível a ordem constitucional brasileira de instrumentos de fato capazes de lutarem pela força normativa da

Constituição, combatendo as mazelas derivadas da inconstitucionalidade por omissão e encarando o desafio de juridicizar o Estado Social.

#### **2.4. CONFIGURAÇÕES E LIMITAÇÕES DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA CF/88 À LUZ DA LEI Nº 13.300/16**

Tomar-se-á como ponto de partida o texto constitucional. Assim, o art. 5º, LXXI determina que *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Da leitura do texto constitucional, os questionamentos acerca dos contornos do mandado de injunção começam, essa ação constitucional abrange todos os “direitos e liberdades constitucionais” ou limita o seu cabimento apenas e tão somente aos direitos diretamente vinculados ao *status* de nacional ou de cidadão? Restringe-se as normas constitucionais ou alcança prerrogativa inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ainda que não diretamente contempladas na Constituição? (FONSECA, 2016, p. 76-79).

Considerando a divergência quanto à extensão desses direitos e liberdades tutelados pela injunção, ou seja, a dúvida sobre quais direitos estão ao alcance do mandado de injunção, formaram-se três correntes doutrinárias: *restritiva*; *intermediária* e *abrangente*. A primeira (restritiva) reduz ao extremo a incidência do mandado de injunção argumentando que este apenas alcança os direitos que possam ser deduzidos da condição de nacional e de cidadão, entendendo que o texto constitucional especificou o objeto da tutela do mandado de injunção expressamente (MACHADO, 2004, p. 70).

A segunda corrente (intermediária) é adepta de uma interpretação reducionista do alcance do mandado de injunção, não obstante entenda que esta ação constitucional possa ter uma abrangência maior se comparada a corrente restritiva. Esta corrente defende que o mandado de injunção apenas alcança os direitos consagrados no Título II da Constituição, ou seja, tão somente protege os direitos elencados nos artigos 5º ao 17 da lei fundamental (MACHADO, 2004, p. 71).

A terceira corrente (abrangente) não acolhe qualquer restrição à abrangência do mandado de injunção. Parte-se da premissa de que as garantias constitucionais devem ser interpretadas da maneira mais ampla possível e não restritiva. Nesse diapasão, a corrente abrangente sustenta que os direitos tutelados pela injunção são todos os enunciados na Constituição que dependam de norma regulamentadora faltante para que tenham plenos efeitos (MACHADO, 2004, p. 72-75).

O fato de ter, na parte final do art. 5º, LXXI, da CF/88, a menção expressa às “prerrogativas inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania” não autoriza uma interpretação restritiva do campo de incidência do mandado de injunção (MACHADO, 2004, p. 72). A parte final do dispositivo serve apenas como reforço da garantia constitucional e simples referência exemplificativa (FONSECA, 2016, p. 78).

Analisando a literalidade do dispositivo constitucional percebe-se que não seria possível outra conclusão, o constituinte, ao utilizar as expressões *nacionalidade, soberania e cidadania*, assim o fez, ligando-as ao termo *prerrogativas*. Além disso, a conjunção aditiva *e* separa de um lado *direitos e liberdades* e de outro *prerrogativas*. Nesses termos, a intenção foi a de assegurar o exercício de qualquer direito ou liberdade constitucional (MACHADO, 2004, p. 73). Sobre a tentativa de limitar o alcance do mandado de injunção, Luís Roberto Barroso (2006, p. 245-246) escreveu que:

Tendo em vista o complemento “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, defendeu-se a restrição do alcance do mandado de injunção aos direitos individuais elencados no art. 5º, e aos direitos políticos dos arts. 12 a 16, não podendo ser utilizado para tutela de direitos sociais. Com a vênua devida, tal interpretação se afigura antes ideológica que científica, e não corresponde nem à história nem à teleologia do remédio jurídico introduzido.

Como não há cláusulas restritivas, estão abrangidos todos os direitos constitucionais, sejam individuais, coletivos, difusos, políticos ou sociais. Aliás, é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa, como, v. g., o tema da participação dos trabalhadores nos lucros da empresa.

Existiram ainda aqueles que foram além e defenderam uma tese muito mais ampliativa que a corrente abrangente que se continha na guarda das normas constitucionais. Nessa perspectiva ampliativa extremada, argumenta-se que o mandado de injunção abrangeria também as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, ainda que não diretamente contempladas no texto constitucional. A rigor, a redação ambígua do texto constitucional não impossibilita essa interpretação, porém interpretando-a teleológica e sistematicamente, chega-se à conclusão de que o objeto do mandado de injunção limita-se ao âmbito das normas constitucionais (FONSECA, 2016, p. 78-79).

Em suma, apenas as normas constitucionais autoaplicáveis fogem do raio de alcance do mandado de injunção (MACHADO, 2004, p. 72). Afinal, não é qualquer direito constitucional que o *writ* injuncional se destina, mas apenas aqueles inviabilizados em razão de falta de norma regulamentadora e que atribua ao impetrante um direito subjetivo, claramente delineado. O mandado de injunção serve, portanto, para tutelar direito subjetivo desfrutável por um titular identificado e previsto em norma constitucional não exequível por si mesma (FONSECA, 2016, p. 79; 81-83). Alexandre de Moraes (2015, p. 182) bem resume essa conclusão:

Não caberá, portanto, mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se alteração de lei ou ato normativa já existente, supostamente incompatível com a Constituição ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação “mais justa” da lei existente.

Da mesma forma, não cabe mandado de injunção contra norma constitucional autoaplicável, ou norma constitucional que configure “autorização para o legislador, em opção político-legislativa, criar exceções” a determinadas regras previstas e autoaplicáveis.

Assim, tem-se que o mandado de injunção é o meio processual constitucional de que dispõem pessoas físicas e jurídicas para exercerem prerrogativas, direitos e liberdades constitucionais, impedidos de exercício por falta de norma regulamentadora. Trata-se, então, de um instrumento de defesa difusa da Constituição, empreendido para tutelar direitos subjetivos constitucionais no caso concreto. Além da matriz constitucional, o mandado de injunção é regulamentado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016 (BULOS, 2018, p. 793; 795).

O objeto (aquilo que se pede ao juiz) do mandado de injunção é o de superar, de modo concreto, os efeitos lesivos da inércia do legislativo. Desde antes dos debates constituintes, o mandado de injunção foi pensado para satisfazer essa pretensão. Contudo, a vontade da Constituição não se confunde com a vontade dos constituintes. Os institutos jurídicos só assumem seus contornos reais quando são contrapostos à realidade, com o mandado de injunção não foi diferente (QUINTAS, 2016, p. 260).

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal frustrou as expectativas do constituinte, cerceando seu alcance e possibilidades, porém a jurisprudência foi avançando e esse instrumento evoluiu no sentido esperado desde a sua gênese, atuando para limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, garantindo a efetividade dos direitos subjetivos constitucionais prejudicados pela inércia do legislador comum (BULOS, 2018, p. 793-794).

A Lei nº 13.300/16 veio nesse sentido, consolidando os efeitos concretistas do mandado de injunção, autorizando, a título provisório, o Judiciário a colmatar a lacuna derivada a inércia legislativa inconstitucional. Este diploma legal consolidou o poder-dever do órgão jurisdicional de suprir domínios sensíveis das relações socioinstitucionais. Assim, em situações especialíssimas, os titulares do *múnus* legiferante podem ser substituídos por aqueles que têm o encargo de *dizer o direito* (BULOS, 2018, p. 807).

Assim, a posição majoritária acolhida pelo Supremo Tribunal Federal e pela Lei nº 13.300/16 é a de que o mandado de injunção cumula duas finalidades: (I) determinar à autoridade ou órgão competente a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional; e (II) julgar o caso concreto, decidindo sobre o direito postulado e suprimindo a



lacuna legal. Raciocínio claro no art. 8º, I e II da Lei nº 13.300/16 (BARROSO, 2019, p. 192-193).

Diante deste conceito de mandado de injunção, defende-se a natureza jurídica dúplice desse instrumento constitucional, tanto de *ação constitucional*, como de *instrumento de jurisdição constitucional* (QUINTAS, 2016, p. 265). Compreender o mandado de injunção apenas como *ação constitucional*, ou seja, uma garantia processual-constitucional em prol da defesa de interesse subjetivos, significaria conceder ao STF “carta branca” para dizer o que a Constituição objetivamente não diz, retirando-lhes quaisquer parâmetros constitucionais. Risco que apenas é evitado quando se compreende o mandado de injunção como também um *instrumento de jurisdição constitucional* (QUINTAS, 2016, p. 268).

O mandado de injunção dever ser visto como um instrumento vocacionado tanto ao suprimento da omissão legislativa inconstitucional, como para promover um saudável e construtivo diálogo institucional entre a jurisdição constitucional e o Legislativo. O *writ* injuncional não é uma simples ação constitucional, como o *habeas corpus*, mandado de segurança e o *habeas data*, como também não é um mero veículo para o exercício das técnicas de controle de constitucionalidade. Na verdade, é uma ação de controle de constitucionalidade para defender situações subjetivas (QUINTAS, 2016, p. 267-269). Acerca dessa natureza dúplice, Fábio Lima Quintas (2016, p. 270) ensina que:

Desse modo, **como instrumento típico de jurisdição constitucional**, o mandado de injunção (i) presta-se a mostrar o peso e a gravidade político-constitucional que a tutela nele veiculada possui; (ii) está comprometido com o salutar diálogo institucional do Supremo Tribunal Federal com o Legislativo; (iii) sinaliza distinções relevantes entre a tutela da jurisdição constitucional e a tutela prestada no âmbito da jurisdição ordinária; e (iv) permite que a omissão legislativa inconstitucional seja percebida em toda a sua complexidade. Destaca-se, nesse último aspecto, o problema da liberdade de conformação do ordenamento jurídico pelo legislador e a preocupação com que o Tribunal não subtraia dos canais ordinários de representação democrática a avaliação e a decisão sobre distintas opções políticas. Essas nuances – repita-se – apenas podem ser apreendidas adequadamente no âmbito da jurisdição constitucional. **Como ação constitucional, o mandado de injunção** (i) confere ao cidadão acesso direto à jurisdição constitucional, (ii) permite que sejam postas em evidência as consequências concretas para a realização de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais derivadas da omissão legislativa inconstitucional e (iii) viabiliza que o Supremo Tribunal Federal promova a proteção desses direitos, liberdades e garantias violados. Ressalte-se, nesse particular, que o exame de um *writ* constitucional permite examinar, sob um ângulo privilegiado, a difícil questão de como lidar com a proteção insuficiente a direitos fundamentais concretamente caracterizados em vista da discricionariedade política do legislativo, que deve ser preservada numa sociedade pluralista e democrática (**grifo nosso**).

Após compreender *alcance, objeto e natureza jurídica* do mandado de injunção, analisar-se-á seus *requisitos*, quais sejam: (I) inviabilidade de direito subjetivo constitucional em virtude da inação legislativa; e (II) falta da norma regulamentadora necessária para efetivar o direito

constitucional pretendido (BULOS, 2018, p. 795). Trata-se de pressupostos extraídos do próprio texto constitucional (BARROSO, 2006, p. 245).

A respeito do primeiro requisito, foi analisado a pouco a questão sobre quais direitos poderiam ser objeto do mandado de injunção, filiando-se esta pesquisa à corrente abrangente, por isso conclui-se que qualquer direito subjetivo constitucional prejudicado pela inércia do legislador ordinário pode ser tratado em sede de mandado de injunção. Partindo para a análise do segundo pressuposto de admissibilidade do mandado de injunção, cabe verticalizar sobre o alcance da expressão “norma regulamentadora”, a fim de verificar quais espécies normativas podem ser tratadas em sede de mandado de injunção.

Luís Roberto Barroso (2006, p. 248-249) defende que o mandado de injunção pode tratar de norma regulamentadora de qualquer hierarquia (lei complementar, ordinária, regulamento, resolução, portaria, decisões administrativas normativas) o fundamental é que sua ausência inviabilize um direito constitucional. Ulderico Pires dos Santos (1988, p. 61-62) desde os primórdios do mandado de injunção já afirmava no mesmo sentido:

O substantivo regulamento a que alude o art. 5º, inciso LXXI da Carta Constitucional vigente não se restringe às normas regulamentares originárias do Poder Legislativo, que, via de regra, são votadas para disciplinar as leis que não são auto-aplicáveis. Esse vocábulo é muito mais abrangente, por compreender os atos normativos da Administração Pública, os regulamentos e provimentos por ela baixados para facilitar ou ordenar certas disposições administrativas tendentes a enquadrar esta ou aquela categoria de servidores, as instruções baixadas, o conjunto de princípios ordenados pelos diretores constitucionais que estejam na sua dependência, ou quaisquer provimentos ou procedimentos que atrasem, dificultem ou obstem o exercício de direito ou que impeçam ou retardem proveitos consequentes de qualquer atividade de certo modo relacionada com o poder público e que dependam de regulamentação a ser baixada por ele.

O alcance da expressão norma regulamentadora vai além da ideia de atos legislativos enumerados no art. 59 da CF/88 (excluindo-se, por óbvio, o inciso I – Emenda Constitucional). O art. 105, I, *h* da CF/88 fundamenta essa linha de raciocínio que enxerga a expressão “norma regulamentadora” como sendo mais ampla que atos legislativos, pois apresenta como responsável pela emissão de *norma regulamentadora*, órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta (MACHADO, 2004, p. 75).

Assim, o conceito de *norma regulamentadora* abrange os atos legislativos e os administrativos-normativos (FONSECA, 2016, p. 86). Consequência lógica desse pressuposto de admissibilidade é aquela restrição já apontada que não caberá mandado de injunção contra dispositivo constitucional autoaplicável (BARROSO, 2006, p. 249).

Cabe ainda pontuar que o pressuposto que autoriza a impetração do mandado de injunção não é somente a ausência total da norma regulamentadora, mas também as situações de omissão

legislativa parcial que se caracteriza quando existe norma regulamentadora, porém esta é insuficiente, não garantindo a plena eficácia da norma constitucional regulada (MACHADO, 2004, p. 77).

A literalidade do dispositivo constitucional não traz expressamente essa possibilidade, porém o art. 2º da Lei nº 13.300/16 resolveu essa questão estabelecendo expressamente o cabimento de mandado de injunção diante da *falta parcial* de norma regulamentadora. A inconstitucionalidade nesse caso, geralmente, ocorre por (I) deficiência técnica da norma regulamentadora ou (II) violação do princípio da isonomia (FONSECA, 2016, p. 91-93).

Por fim, ainda sobre o pressuposto da falta de norma regulamentadora, seja total, seja parcial, apenas acontecerá quando houver o dever de regulamentar norma constitucional inexecutável por si mesma, ou seja, havendo norma constitucional dependente de regulamentação infraconstitucional para que possa alcançar a sua plenitude, mas a edição da norma regulamentadora é ato discricionário do legislador competente, este não pode vir a ser compelido a regulá-la (FONSECA, 2016, p. 94).

Há ainda a possibilidade da edição da norma regulamentadora ser ato exclusivo do legislador inerte, como por exemplo no caso dos princípios da estrita legalidade penal e tributária, enredo que, ao ver desta pesquisa, mesmo existindo e sendo reconhecida formalmente a inconstitucionalidade por omissão, por uma barreira estrutural da arquitetura da separação dos poderes, a concretização desses direitos não poderia ser realizada por meio judicial, tendo em vista que, nesses casos específicos, a atuação legislativa é absolutamente insubstituível (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 175-176).

Resumidamente, pressupondo a existência de nexo causal entre a inércia normativa do Poder Público e a inviabilidade da plena fruição do direito subjetivo constitucional, os requisitos para a impetração do mandado de injunção são: (I) a ausência de norma reguladora necessária para a fruição de uma previsão constitucional (omissão que pode ser total ou parcial); e, (II) a inviabilização de um direito subjetivo constitucional por conta da omissão normativa inconstitucional (MORAES, 2015, p. 183). Satisfazendo-os o mandado de injunção pode ser impetrado.

Lembre-se a finalidade do mandado de injunção está associada ao controle concreto de constitucionalidade, estando, em princípio à disposição do titular do direito prejudicado pela omissão normativa. Entretanto, isso não impede que a tutela dos direitos possa ser realizada por outros legitimados, como substitutos processuais da coletividade (QUINTAS, 2016, p. 314).

Não só o próprio titular do direito pode vir a ser o impetrante do mandado de injunção, sendo viável a apresentação do mandado de injunção coletivo no qual pode-se discutir direitos,

liberdades e prerrogativas inerentes a uma quantidade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria (BULOS, 2018, p. 798).

A admissão do mandado de injunção coletivo traz a perspectiva que a proteção dos direitos subjetivos constitucionais pode ser feita por substituição processual. Esse aspecto possibilita que os efeitos da sentença possam ser amplificados, alcançando até mesmo grupo indeterminado, porém determinável. O mandado de injunção coletiva se justifica tanto pela perspectiva da ação coletiva, como pela objetivação do controle de constitucionalidade, o que reforça a natureza jurídica de instrumento de jurisdição constitucional desta ação (QUINTAS, 2016, p. 314-315). Os efeitos da decisão do mandado de injunção coletivo estão dispostos no art. 13 da Lei nº 13.300/16.

Atente, o mandado de injunção coletivo deve ser orientado para tutelar direito coletivo, mas não difuso, isso significa dizer que não se pode desvincular o *writ* injuncional da defesa de um direito subjetivo determinado em concreto, caso se admitisse a tutela também de direito difuso, estaria, a até certo ponto, confundindo-o com a ADO, permitindo que, por meio da injunção concedida elaborasse norma regulamentadora geral e abstrata, transformando-o num instrumento de tutela de direito em abstrato (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 194-195).

Não há previsão expressa dessa modalidade de mandado de injunção no texto constitucional, porém a Lei nº 13.300/16 contemplou a possibilidade (V. art. 12, I a IV, Lei nº 13.300/16). Na verdade, a legislação específica tão somente reconheceu o que a jurisprudência já admitia, mediante aplicação analógica do rito do mandado de segurança coletivo (BULOS, 2018, p. 798). No julgamento do mandado de injunção nº 361-1, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a impetração coletiva desta ação constitucional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 194).

Quanto à possibilidade de litisconsórcio ativo em sede de mandado de injunção, é possível que este ocorra. A Lei nº 13.300/16 é silente a respeito do tema, contudo, conforme orientação do artigo 14 desta lei, aplicasse subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança e do Código de Processo Civil, diplomas legais que admitem o litisconsórcio ativo, procedimento que sincroniza bem com o recorte que a Lei nº 13.300/16 quis imprimir ao mandado de injunção (FONSECA, 2016, p. 108).

Acerca da legitimidade passiva, há relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Partindo da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, esta Corte entende que devem figurar no polo passivo do mandado de injunção os órgãos competentes para elaborar a norma regulamentadora ausente, pois apenas a eles seria imputável o dever jurídico de elaborar a disposição normativa faltante (PUCCINELLI JÚNIOR, 2016, p. 195). Essa posição prevaleceu

no artigo 3º da Lei nº 13.300/16.

Foram mais de duas décadas de manejo do mandado de injunção sem que houvesse legislação específica regulamentando o seu procedimento. Além da corrente que se firmou na Lei nº 13.300/16 destacam-se outras duas. Uma, defendia o litisconsórcio passivo necessário entre legislador inerte e aquele que irá suportar os efeitos concretistas da sentença. Outra, advogava que o sujeito passivo da injunção deveria ser a parte responsável por implementar o direito disciplinado na sentença (BULOS, 2018, p. 800).

Critica-se o posicionamento majoritário, pois este não é compatível com a finalidade do mandado de injunção que busca o suprimento da norma faltante na solução do caso concreto. Não necessariamente o legislador inerte será a mesma pessoa que poderá garantir os efeitos concretistas da injunção concedida, por isso, mesmo que não seja obrigatório, é recomendável que se inclua no processo a parte devedora da obrigação na condição de litisconsorte passivo, afinal a Constituição determina que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (BARROSO, 2019, p. 190).

Tal entendimento era compreensível a época que o mandado de injunção se limitava apenas a declarar a inconstitucionalidade da omissão e dar ciência disso ao órgão responsável pela edição da norma regulamentadora. Nesse enredo de efeitos não concretista da decisão, só havia espaço para citação e participação do legislador inerte. Contudo, na medida que a corrente concretista de decisão foi ganhando espaço, a jurisprudência evoluiu passando a acatar o litisconsórcio passivo facultativo entre o órgão estatal omissivo e a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado que iria suportar os efeitos da injunção concedida (FONSECA, 2016, p. 110-112).

A legitimidade do processo judicial está fortemente relacionada à observância do princípio do contraditório. No rito específico do mandado de injunção determinado pela Lei nº 13.300/16, não há regulamentação específica acerca do litisconsórcio passivo, mas em prestígio ao contraditório entende-se por recomendável a utilização do instituto do litisconsórcio passivo, o qual é tecnicamente viável por meio da aplicação subsidiária da Lei do mandado de segurança e do Código de Processo Civil, conforme o art. 14 da Lei 13.300/16 (QUINTAS, 2016, p. 318).

Pautando-se na corrente majoritária, o STF chegou a entender pela impossibilidade de haver litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, em sede de mandado de injunção, seja entre particulares, seja entre pessoas estatais (BULOS, 2018, p. 799). Contudo, como dito, trata-se de uma linha de raciocínio que se enquadrava a uma realidade antiga desta ação constitucional limitada aos seus efeitos não concretistas, por isso, diante da evolução jurisprudencial e normativa deste instrumento jurisdicional, entende-se pela plena viabilidade

do uso do instituto do litisconsórcio passivo no mandado de injunção.

Foram vinte e oito anos sem nenhuma indicação específica procedimental para o mandado de injunção até que, em 23 de junho de 2016, promulgou-se a Lei nº 13.300/16. É necessário, após esse marco recente, repensar toda a prática do mandado de injunção e adequá-la as orientações da legislação específica que passou a disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo.

Após identificar impetrante e impetrado, a Lei nº 13.300/16 tratou de dispor sobre os contornos da petição inicial no procedimento do mandado de injunção no seu artigo 4º, a qual poderá ser, de logo, indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente, nos termos do artigo 6º da Lei nº 13.300/16. Da decisão que indeferir a petição inicial caberá agravo em 05 dias, nos termos do parágrafo único do artigo 6º (BULOS, 2018, p. 801).

Acerca da possibilidade de pedido liminar em sede de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal entende que o *writ* injuncional não comporta concessão de medida liminar pela natureza que sustenta e o objetivo final que se pretende lograr, sob pena de desbordar os limites em que se deve conter o pronunciamento final do órgão judiciário (BULOS, 2018, p. 801).

Trata-se de um entendimento que precisa ser repensado, pois parte de uma perspectiva ultrapassada do mandado de injunção a época em que os seus efeitos eram vinculados à corrente não concretista e a sua decisão limitava-se a reconhecer e informar a omissão normativa inconstitucional, enredo no qual a antecipação de tutela é praticamente ineficaz (FONSECA, 2016, p. 117-118).

Entendimento restritivo que ainda prevalece no Supremo Tribunal Federal e vem sendo repetido de maneira acrítica, valendo-se apenas da justificativa genérica de que a jurisprudência da Corte já é firmada no sentido do não cabimento de liminar no mandado de injunção, padrão decisório que se viu no MI nº 4.408 (QUINTAS, 2016, p. 122). Ocorre que o *writ* injuncional evoluiu, mas o entendimento do STF não acompanhou. Soma-se a isso o fato dessa questão não ter sido tratada pela Lei nº 13.300/16, enredo que deixa em aberto esse tema para debate doutrinário e jurisprudencial (NEVES, 2017, p. 140).

Os contornos atuais do mandado de injunção não só suportam como tornam ainda mais justificável o uso das tutelas de urgência, pois a sua lei específica tranquilizou a questão da atuação concreta do órgão jurisdicional na tutela do direito material sacrificado em razão da inércia legislativa, demonstrando claramente a superação dos efeitos não concretista de decisão que embasaram o não cabimento das tutelas de urgência nos primórdios do mandado de

injunção. Além de prever expressamente o uso subsidiário das regras do mandado de segurança do Código de processo civil que embasariam tecnicamente a viabilidade do pedido de tutela de urgência (NEVES, 2017, p. 140-141).

Recebida a petição inicial, será notificado o impetrado para que, no prazo de 10 dias, preste informações, bem como será ordenada a ciência da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada para que, querendo, ingresse no feito, conforme orienta o art. 5º, I e II da Lei nº 13.300/16 (BULOS, 2018, p. 801).

Em seguida, após o término do prazo para apresentar informações, será ouvido o Ministério Público que opinará em 10 dias. Decorrido esse prazo, com ou sem o parecer ministerial os autos serão conclusos para decisão, conforme orienta o art. 7º da Lei nº 13.300/16.

A intervenção ministerial como *custos legis* justifica-se pelo relevante interesse público que circunda esse processo. O dever do *parquet* nesse momento é do garantir que o resultado do processo seja compatível com os preceitos da ordem jurídica. Atente, a Lei nº 13.300/16 dispõe que a intimação do Ministério Público é obrigatória, mas não sua manifestação, por isso que o procedimento caminha mesmo diante de sua inércia (FONSECA, 2016, p. 117).

A respeito da decisão do mandado de injunção, a Lei nº 13.300/16 empenhou maiores esforços para regular os casos de decisões procedentes, acerca das improcedentes nada dispôs e sobre as terminativas trouxe apenas o art. 11, parágrafo único que estabelece uma hipótese de perda superveniente do interesse de agir. Conjuntura plenamente justificável, considerando que nos casos de sentença improcedente e terminativa não se terá qualquer peculiaridade, devendo ser seguidas as orientações gerais do CPC (NEVES, 2017, p. 143).

O interesse maior caiu sobre a decisão de procedência, aquelas que reconhecem o estado de mora legislativa e deferem a injunção. As formas de cumprimento estão previstas nos art. 8º e 9º (mandado de injunção individual) e art. 13 (mandado de injunção coletivo) da Lei nº 13.300/16. O caráter temporário da injunção concedida fica claro ao ler o art. 11 da Lei nº 13.300/16 que determina que *a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável* (NEVES, 2017, p. 144).

Um ponto muito sensível da doutrina do mandado de injunção concerne aos efeitos por ele produzido. Desde antes do advento da Lei nº 13.300/16, defendia-se as seguintes teses de padrões de efeitos decisórios: (a) tese não concretista; (b) tese concretista; (b.1) tese concretista geral; (b.2) tese concretista individual; (b.2.1) tese concretista individual direta; e, (b.2.2.) tese concretista individual intermediária (MORAES, 2015, p. 186).

A doutrina e a jurisprudência do STF já classificavam as teses dos efeitos do mandado de

injunção em dois grandes grupos: concretista e não concretista. (a) *A tese não concretista* foi a posição adotada por muito tempo no STF, perdurando até o julgamento do MI nº 708 (greve do servidor público). Essa tese defende que caberia ao mandado de injunção tão somente a finalidade específica de ensejar o reconhecimento formal da omissão normativa inconstitucional e de comunicá-la ao legislador inerte. Tese bastante criticada por tornar idênticos os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, mesmo se tratando de institutos distintos (MORAES, 2015, p. 187; 192).

Tratava-se de uma sentença meramente declaratória, limitando-se a simples declaração, o escopo é tão somente solucionar a *crise da certeza*, representada por dúvida objetiva sobre a existência de uma relação jurídica, um direito ou uma obrigação (FONSECA, 2016, p. 120). No caso, seria o reconhecimento formal da inconstitucionalidade da omissão normativa prejudicial ao direito subjetivo constitucional do impetrante do mandado de injunção.

Por outro lado, (b) *a posição concretista* autoriza, além da declaração da existência da omissão normativa inconstitucional, a implementação do exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional prejudicada até que sobrevenha a regulamentação pelo legislador competente. Essa posição divide-se em: (b.1) *concretista geral* e (b.2.) *concretista individual*. (MORAES, 2015, p. 187-188).

Nesse enredo, o Judiciário profere uma decisão constitutiva (MORAES, 2015, p. 187). A sentença reconhece o direito do impetrante e ela própria realiza a modificação da situação jurídica, viabilizando essa alteração. A depender do caso, a sentença procedente do mandado de injunção ainda poderá ser categorizada como condenatória, desde que, além de afirmar a existência do direito do impetrante, determine a aplicar a sanção executiva, formando verdadeiro título executivo judicial (FONSECA, 2016, p. 121).

(b.1) *Na concretista geral*, o Judiciário pode proferir sentença com eficácia *erga omnes* ou, pelo menos, *ultra partes*. Essa posição sempre foi pouco aceita na doutrina, diante do receio do Judiciário estar ocupando a função do Poder Legislativo (MORAES, 2015, p. 188). O próprio STF resiste ao entendimento que caberia a ele legislar de forma abstrata e geral no julgamento do mandado de injunção (NEVES, 2017, p. 132).

Ao Judiciário, em sede de mandado de injunção, cabe a função de prever regra que resolva de forma concreta o direito, liberdade ou prerrogativa do impetrante prejudicado pela ausência abusiva da norma regulamentadora. A Lei nº 13.300/16 prevê, nos seus art. 9º, *caput*, §§ 1º e 2º e art. 13, casos específicos e excepcionais em que os efeitos da decisão vão para além dos envolvidos no processo, sendo que, no caso do art. 13, trata-se do enredo do mandado de injunção coletivo que, por ser uma tutela jurisdicional coletiva, é esperado que sua eficácia seja



além de *inter partes* (NEVES, 2017, p. 132-133).

(b.2) A posição *concretista individual* limita os efeitos da decisão entre as partes do processo do mandado de injunção, viabilizando com que apenas o impetrante do *writ* injuncional possa exercer plenamente o direito, liberdade ou prerrogativa constitucional pleiteado. Esta posição subdivide-se em duas teses: (b.2.1) *concretista individual direta* e (b.2.2.) *concretista individual intermediária* (MORAES, 2015, p 190).

(b.2.1) Na tese *concretista individual direta*, logo que o Judiciário julga procedente o mandado de injunção, ele implementa o direito subjetivo constitucional do impetrante. Enquanto, na tese (b.2.2) *concretista individual intermediária*, ao determinar a procedência do mandado de injunção, o Judiciário determina prazo para o legislador inerte sanar a omissão normativa inconstitucional, após o término deste prazo e não sendo elaborada a norma regulamentadora, insistindo na inércia inconstitucional, o Judiciário fixa as condições necessárias para o exercício do direito pleiteado pelo impetrante (BULOS, 2018, p. 803).

Pelo exposto, percebe-se que é incorreto classificar a decisão do mandado de injunção como *meramente* declaratória ou *meramente* constitutiva. A depender da solução a ser adotada, tem-se uma caracterização da natureza jurídica da decisão diferente (BARROS, 2012, p. 229).

Por exemplo, no mandado de injunção individual, regra geral, o padrão dos efeitos decisórios segue a tese *concretista individual intermediária* (Art. 8º, I e II, L. 13.300/16). Nesse enredo, a decisão de procedência do mandado de injunção contempla um momento declaratório e outro constitutivo que servem de fundamento para a realização da finalidade do *writ* injuncional, que seria a efetivação do direito subjetivo constitucional sacrificado pela ausência normativa, por isso tal decisão pode se revestir também de natureza condenatória se estiver sido constituído o litisconsórcio passivo facultativo com a pessoa que sofrerá diretamente os efeitos materiais da decisão (FONSECA, 2016, p. 124-125).

Sobre a coisa julgada no mandado de injunção, destaca-se as orientações do art. 9, §3º e 10º da Lei nº 13.300/16. O primeiro dispositivo (Art. 9º, §3º) consagra a coisa julgada *secundum eventum probationis*, caso tenha sido indeferido por insuficiência de prova, isso não impedirá a propositura de um novo mandado de injunção com os mesmos elementos da ação. O segundo dispositivo (Art. 10º) determina que a decisão transitada em julgado, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato e de direito (NEVES, 2017, p. 144-145).

A situação de coisa julgada prevista no art. 10, *caput*, da Lei nº 13.300/16 levanta a questão se a decisão de mérito no mandado de injunção e transitada em julgado, de fato, produz coisa julgada material. Não se trata de previsão totalmente inovadora, pois este enredo já foi

enfrentado no art. 505, I, do CPC/15. Assim, em que pese a possibilidade de revisão, defende-se que existe a coisa julgada material nas decisões de mérito transitadas em julgado em sede de mandado de injunção, pois esta permanece imutável e indiscutível, até que haja modificação na sua causa de pedir, de maneira a afastar a tríplice identidade indispensável para a aplicação do efeito negativo da coisa julgada material (NEVES, 2017, p. 145).

O procedimento do mandado de injunção consagrado pela Lei nº 13.300/16 ao disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo satisfaz alguns apelos importantes da doutrina, alguns de ordem formal, outras de ordem material. Ele é derivado do projeto de lei nº 6.128/2009, cujo anteprojeto foi coordenado pelo Min. Gilmar Mendes (BULOS, 2018, p. 807).

Do ponto de vista formal, houve a consagração da sumariedade do rito da ação injuncional (BULOS, 2018, p. 808). Contudo, a Lei nº 13.300/16 deixou passar a oportunidade de resolver de vez debates formais antigos, como o cabimento de pedido liminar e a possibilidade de litisconsórcio passivo facultativo.

Certamente o ponto chave dessa legislação específica foi conferir ao órgão jurisdicional, excepcional e raramente, o papel provisório e temporário de regulamentar direitos subjetivos constitucionais prejudicados por falta de norma regulamentadora. Essa nova realidade nada compromete, nem limita o caráter primário da função legislativa. Com isso, buscou-se evitar que o gozo de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais fique comprometido pela demora excessiva do legislador ordinário (BULOS, 2018, p. 808).

Todavia, as correntes concretistas também não são isentas de críticas. Argumentam que a concretista individual poderia prejudicar a isonomia entre os jurisdicionados, bem como travaria o Judiciário diante do grande volume de demandas individuais. Quanto à concretista geral, alegam que ampliam indevidamente as atribuições do mandado de injunção transformando-o em um instrumento de controle jurisdicional, esbarrando com a intenção do constituinte de somente atribuir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas naqueles processos de controle de constitucionalidade que tenham legitimidade ativa limitada (FONSECA 135-136).

O controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais em sede de mandado de injunção, constitui um desafio para a jurisdição constitucional, diante do receio de comprometimento dos canais tradicionais de representação política em prol de uma suposta tutela de direitos sociais (QUINTAS, 2016, p. 322). A díade Poder Legislativo e Poder Judiciário deverá harmonizar-se (BULOS, 2018, p. 807).

Será necessário estabelecer um diálogo institucional construtivo entre os poderes de

maneira a desenhar as novas fronteiras e contornos do mandado de injunção em prol das garantias fundamentais e máxima efetividade constitucional sem que isso signifique o sacrifício das instituições democráticas (QUINTAS, 2016, p. 323). O mandado de injunção pode constituir uma nova arena de debates, uma oportunidade de diálogo, entre o Legislativo e o Judiciário em prol da supremacia constitucional (BARROSO, 2019, p. 208).

A atribuição dos efeitos concretistas à decisão do mandado de injunção segue a tendência de fortalecimento da jurisdição constitucional e da valorização dos precedentes judiciais que marcam o século XXI. A atuação excepcional, rara e supletiva do órgão jurisdicional na elaboração da regulamentação temporária e supletiva em prol do impetrante ou de outros que veem seus direitos, liberdades e prerrogativas prejudicadas pelo legislador inerte é interessante (FONSECA, 2016, p. 137-138).

Reforçando que isto nem de longe autoriza um ativismo judicial desmedido, o que só prejudicaria os avanços conseguidos ao longo de mais de três décadas de debates em prol da construção de um instrumento único de controle de constitucional por omissão brasileiro, o mandado de injunção.

Dessa forma, vê-se que o Mandado de Injunção se traduz em uma ferramenta orientada na defesa da eficácia das normas constitucionais, importante instrumento para ajudar a perquirir aos propósitos trazidos pela Carta Magna, particularmente, no desenvolvimento da tutela de direitos e na consolidação do processo democrático, fomentando o diálogo entre os três poderes (executivo, legislativo e judiciário), por conseguinte, encorajando a modernização do princípio da separação dos poderes para que se adeque às novas necessidades do constitucionalismo social.

### **3. MOVIMENTO LGBTQIA+ E PODER JUDICIÁRIO**

Chega-se o momento de verticalizar e entender mais sobre o movimento LGBTQIA+, a fim de compreender seus pontos e questões. Partir-se-á de uma análise histórica sobre a homossexualidade a fim de entender os reais motivos que ensejaram o início da perseguição e da violência contra homossexuais. Verificar-se-ão as motivações e justificativas dos estigmas atribuídos aos homoafetivos ao longo da história e como essa parcela da população foi e ainda é severamente perseguida e submetida a uma violência de extermínio.

De mais a mais, estudar-se-á como o movimento moderno LGBTQIA+ surgiu no panorama mundial, bem como na realidade brasileira. Apresentando também a evolução da pauta desse movimento social, desde a repressão extrema, até a criminalização dos atos homofóbicos, ressaltando a situação atual desse movimento e a sua proximidade com o

Judiciário, principalmente, na realidade brasileira.

### 3.1. HOMOSSEXUALIDADE NA HISTÓRIA

Antes de desenvolver sobre as questões jurídicas propriamente ditas que envolvem o tema acerca da mobilização do direito, é necessário entender como o amor entre pessoas do mesmo sexo vem sendo visto e qual o tratamento a ele dispensado ao longo da evolução humana. Compreensão prévia necessária para entender quais foram os reais motivos que ensejaram o início da perseguição e da violência contra homossexuais, os quais vão além do fato de amar uma pessoa do mesmo sexo (VECCHIATTI, 2012, p. 3).

A homossexualidade é tão antiga como a heterossexualidade, acompanha a história da humanidade e, se nunca foi aceita, sempre foi tolerada. O comportamento homoafetivo nem sempre foi tido como “estranho”. O tratamento a este padrão de conduta varia na medida da valorização cultural. Ocorre que, num dado momento histórico, a parcela que dominava o poder político passou a condenar ferozmente a homossexualidade, criando assim todo o estigma e preconceito contra pessoas homossexuais (VECCHIATTI, 2012, p. 4).

Nas civilizações clássicas do mundo antigo, Grécia clássica e Roma por exemplo, o amor entre homens era amplamente aceito, porém, apenas era valorizado o *polo ativo* da relação, apenas meninos adolescentes eram tolerados assumirem o *polo passivo* da relação, o homem que assim agisse era equiparado às mulheres, um cidadão de segunda classe. A conduta do homem passiva era repudiada por ser vista como uma conduta feminina e não como desprestígio ao amor homoafetivo, esse machismo é a origem remota da homofobia. Desse relato histórico, observa-se o caráter relativo dos conceitos de *masculinidade* e *feminilidade*, os quais variam conforme a história e a cultura de cada sociedade (VECCHIATTI, 2012, p. 5-9).

Na verdade, é interessante notar que a estrutura pseudobissexual dominava o mundo antigo sem grandes variações, sendo um costume social das tribos indígenas das Américas e dos povos asiáticos também. A pederastia institucionalizada era tida como necessária ao desenvolvimento da masculinidade do adolescente. Essa realidade apenas se alterou quando, após a antiguidade clássica europeia, com fortíssima influência das instituições religiosas que passaram a condenar qualquer ato sexual que não fosse praticado dentro do casamento com a finalidade de procriação (VECCHIATTI, 2012, p. 25).

Alguns séculos antes de Cristo até o final do século XIX, história e religião passaram a se entrelaçar, em especial, com as crenças judaica e cristã no que tange ao mundo ocidental. Na tentativa de defender ao máximo seus usos e costumes, a tradição judaica e, posteriormente, a cristã passaram a se opor contra aquilo que entendiam como libertinagem sexual e em defesa

da monogamia do matrimônio aos seus moldes, criou-se assim a concepção de que somente seria admitida relação sexual dentro do casamento e para fins procriativos (VECCHIATTI, 2012, p. 19-20).

Evoluindo esse conceito de combate à libertinagem sexual, surgiram, ao longo dos séculos, as vertentes mais extremistas de argumentação religiosa contra as pessoas homoafetivas. A influência que essas doutrinas passaram a ter sobre a política permitiu com que influenciassem reis e imperadores que passaram a criminalizar as práticas homoafetivas, levando os homossexuais à clandestinidade, tendo em vista que o amor entre pessoas do mesmo sexo não deixou de existir (VECCHIATTI, 2012, p. 21-22; 24).

Colin Spencer (1996b, p. 85-86) exemplifica a violência dos Estados Cristãos contra a homossexualidade com o caso de dois bispos, Isaiah de Rhodes e Alexander de Diospolis, que foram condenados à morte dolorosa pelo Imperador Romano Constantino no ano de 521 d.C com a amputação do instrumento de pecado e a inserção de finos palitos nos poros e tubos da mais fina sensibilidade, sendo os dois bispos arrastados pelas ruas de Constantinopla, enquanto seus irmãos eram advertidos aos gritos para que observassem a terrível lição e não poluíssem a santidade de seu caráter.

Soma-se a isso, o fato da baixa expectativa de vida da população do então mundo conhecido (Europa Ocidental) durante a ascensão do cristianismo, pelo constante estado beligerante do Império Romano, cada mulher precisava gerar, em média, cinco filhos. Houve ainda a peste bubônica que dizimou um terço da população europeia da época. Fatos que tornaram a heterossexualidade uma necessidade, o que reforçou a edição de leis homofóbicas, dando origem aos Estados homofóbicos, ou seja, aqueles que efetivamente institucionalizaram como crime o comportamento homoafetivo (VECCHIATTI, 2012, p. 23-24).

Em suma, na Idade Média, o preconceito contra qualquer ato que fosse considerado libertinagem sexual (qualquer ato sexual praticado fora do casamento ou mesmo neste, desde que sem a intenção de procriação) tomou grandes proporções devido a influência da igreja e a necessidade de manutenção do contingente populacional europeu dizimado pela Peste Negra, justificando a elaboração de leis com o intuito de punir os homossexuais. Chegou-se a defender suposta ligação entre homossexualidade e a feitiçaria e o demonismo, o que aumentou ainda mais a intolerância social contra aqueles que amavam pessoas do mesmo sexo (VECCHIATTI, 2012, p. 24-25).

No século XV, com o advento da visão humanista, os valores da Grécia Clássica foram revigorados, inclusive no que tange à sexualidade, surgindo defensores que pregavam a validade do amor masculino, isso fez com que não só ignorassem, mas ridicularizassem as

medidas contra o amor homoafetivo. Contudo, em que pese a valorização crescente da racionalidade em detrimento da religiosidade, a condenação homofóbica não deixou de crescer (VECCHIATTI, 2012, p. 25-27).

A visão puritana, o modelo econômico capitalista (séc. XVII) e a visão iluminista (séc. XVIII) advogavam contra as práticas homoafetivas, os puritanos porque as entendiam como contrárias a sua moralidade divina, os capitalistas porque a família heteroafetiva tinha um potencial de consumo maior, tendo em vista que podiam procriar, e os iluministas porque, em que pese pregarem a liberdade sexual como forma de atingir o progresso, a ordem e a felicidade, condenavam o amor homoafetivo, pois partiam de uma visão limitada de mundo, a título de exemplo, acreditavam que os homens tinham uma limitada quantidade de sêmen em seu corpo que deveria ser utilizado de forma útil para fins procriativos (VECCHIATTI, 2012, p. 26-27).

No século XIX, os dogmas religiosos perderam seu espaço em prol do conhecimento científico, isso fez com que ganhasse força o pensamento de que a homossexualidade não deveria ser vista como um pecado contra Deus, mas como uma doença a ser tratada, uma patologia. Foi nessa época que a palavra *homossexual* foi criada pelo médico Karoly Maria Benkert que a inaugurou ao escrever uma carta ao Ministério da Justiça da Alemanha do Norte em defesa dos homens homossexuais que estavam sendo perseguidos por questões políticas, argumentava o médico que estes homens não deveriam ser perseguidos, mas sim curados de sua condição (VECCHIATTI, 2012, p. 27-28).

Existiram outros termos, como o apresentado por Karl Heinrich Ulrich, um dos pioneiros a pleitear justiça e humanidade para amantes do mesmo sexo, ele cunhou o termo *urnings*. Ulrich argumentou que os chamados instintos “anormais” eram inatos e, portanto, naturais, que no desenvolvimento fetal precoce todos os embriões eram os mesmos, após os quais se dividiram em três, masculinos, femininos e *urning*, este grupo com as características físicas de um gênero, mas com instintos sexuais que não correspondiam aos seus órgãos sexuais. Contudo a sua compreensão de um terceiro sexo não vingou (SPENCER, 1996b, p. 291).

Contudo, apesar da intenção inicial de defesa a não perseguição dos homoafetivos, a ideia de homossexualidade como uma patologia sedimentou-se numa perspectiva de degeneração, o que aumentou o estigma do comportamento homoafetivo. Em decorrência dessa visão, temia-se que a homossexualidade pudesse se espalhar pela sociedade se não fosse reprimida, isso fez com que tratamentos desumanos fossem abertamente impostos a homossexuais sem nenhuma punição estatal, terapias de choques convulsivos, lobotomia e terapias por aversão foram métodos largamente utilizados (VECCHIATTI, 2012, p. 29).

No século XIX, R. Von Krafft-Ebingé era um dos principais nomes acerca do estudo da

homossexualidade como doença com o seu livro *Psychopathia Sexualis*, primeira publicação em 1886, filiava-se à ideia de que homossexualidade era genética. Assim, acreditando que todas as perversões (pederastia, alcoolismo, insanidade, tendências criminosas, homossexualismo) seriam transmitidas pela hereditariedade, existiram aqueles que chegaram a defender a castração eugênica dos homoafetivos. O que se percebe é que a teoria da homossexualidade como patologia agravou a violência do controle social contra homoafetivos, sob a justificativa de estarem os curando (SPENCER, 1996b, p. 293; 295).

Em 1893, em Nova York no Congresso intitulado *criminosos, insanos ou pervertidos sexuais podem procriar?* Um Dr. Daniel defendeu a castração eugênica argumentando que as leis eram defeituosas e que não havia uma tentativa de curar a perversão sexual e que tal método seria eficiente, pois existiam pesquisas que indicavam que a histeria nas mulheres pode ser curada pela remoção dos ovários, bem como que *estupro, sodomia, bestialidade, pederastia e masturbação habitual devem ser crimes ou contravenção, punível com perda de todos os direitos, incluindo o da procriação*. Relevante ainda pontuar que ele afirmou no dito congresso que todas as perversões apareciam com frequência alarmante nas classes mais baixas, especialmente, entre os negros. Essa ciência de melhorar a raça humana por reprodução seletiva, ganharia espaço posteriormente na Alemanha nazista (SPENCER, 1996b, p. 293).

O código penal da Alemanha nazista no parágrafo 175 estipulava que *luxúria contra o que é natural, realizada entre pessoas do sexo masculino ou entre o homem e o animal, é passível de prisão; pode acarretar a perda de direitos civis*, crime que, a depender de agravantes, variava a pena de prisão de três meses a dez anos. Reichsführer SS Himmler ao falar sobre os homossexuais, em discurso feito no dia 18 de fevereiro de 1937, declarou que *se continuarmos assim, nosso povo corre o risco de ser aniquilado por essa praga*, argumentava que os homossexuais são indivíduos não reprodutores o que prejudicaria a preservação da raça, a partir de então, começa o cadastramento dos homossexuais na Central do Reich para reprimir a homossexualidade e o aborto em Berlim (MARTINS, 2015, p. 30-31). Sobre o tratamento dos homoafetivos nos campos de concentração, Jean-Luc Schwab e Rudolf Brazda (2012, p.110) escreveram:

Além disso, os homossexuais são as presas preferidas especialmente para as experiências do médico dinamarquês Carl Vaerner. No final de 1944, esse clínico geral, nazista convicto, vem testar tratamentos de “inversão da polaridade sexual” com os homossexuais. Sua especialidade? O implante de uma glândula artificial na virilha do sujeito para liberar hormônios aí. Ele tem esperança nos efeitos positivos sobre a preferência sexual de suas cobaias.

Em resumo, percebe-se que a homoafetividade passou por três estágios de estigmatização

preconceituosa, o primeiro, classificando esse padrão de comportamento como pecado contra Deus (falha moral e teológica), o segundo, como crime social que o Estado passou a combater oficialmente e, o terceiro, transformando-se numa patologia, numa inadequação médica e psicológica (SPENCER, 1996b, p. 289). Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, a repressão social era implacável contra a homossexualidade, retratando essa realidade cabe destacar as seguintes palavras de José Silvério Trevisan (2000, p. 128):

Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as mais sádicas imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca com ferro em brasa, execração e açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte por fogueira, empalamento e afogamento.

Michel Foucault (1999, p. 53-54) criticando o ponto de vista da ciência do século XIX, defendeu que este era tendencioso e subordinado aos imperativos da moral vigente, reiterando-a sob a forma de normas médicas. Criou-se uma prática médica insistente e indiscreta, volúvel no proclamar suas repugnâncias e serviçal da opinião dominante. Alegando assegurar o vigor físico e pureza moral do corpo social, prometia eliminar os portadores de taras, os degenerados e as populações abastardadas, justificando os racismos oficiais e os fundamentavam como verdade.

Motivada pelo combate à teoria patologizante do século XIX, o movimento LGBTQIA+ surgiu no planeta. As primeiras associações e organizações europeias e norte-americanas começaram a se organizar com o fito de evitarem as violações e os excessos praticados contra os indivíduos na 2ª Grande Guerra em prol da proteção da dignidade do ser humano. Nesse enredo, iniciam-se as investigações para estabelecer um caráter natural à homossexualidade (VIANA, 2017, p. 75).

Até meados do século XX, não houve significativa evolução no entendimento sobre a homossexualidade, o grande marco científico deste século foi o *Relatório Kinsey* de 1945, no qual Alfred Kinsey estudou o comportamento sexual do macho humano, em que pese o seu trabalho ter se pautado no ato sexual e não no desejo sexual, seu estudo foi importantíssimo, pois foi o primeiro estudo científico que não se deixou influenciar por preconceitos, ajudando a mostrar ao mundo que a homossexualidade efetiva e naturalmente existe (VECCHIATTI, 2012, p. 33).

Até a década de 1960, a pessoa homoafetiva não tinha outra escolha a não ser seguir a estrutura heterossexual, tendo a consciência de que a sociedade os via como doentes ou



desviantes, quando não passíveis de serem condenados à prisão ou até mesmo violência de extinção, enredo que lhes forçavam ao anonimato como forma de defesa. A opressão homossexual era definida como doutrinação cultural, historicamente relacionada com a opressão das mulheres (SPENCER, 1996a, p. 350-351).

Na década de 60, a sociedade passa a enfrentar o questionamento sobre a sexualidade e a vida cotidiana das pessoas. O sexo passa a ser discutido para além de fins reprodutivos, começa-se a ser debatido também como uma forma de prazer de cada indivíduo. Esse questionamento teve o seu início provocado pelo movimento feminista, que lutava contra a cultura machista da época (SILVA, 2009, p. 55).

O sexo começou a ganhar visibilidade, tornando-se muito mais explícito em filmes e em livros, afastava-se da ideia de procriação, aproximando-se da satisfação das necessidades e desejos íntimos. Construiu-se um novo conceito para o ato sexual que desconstruía a noção do sexo heterossexual como superior ao homossexual por sua capacidade de procriar, mesmo a grande parte da atividade sexual dos heteros envolverem o uso de métodos contraceptivos (SPENCER, 1996a, p. 353-354).

A construção da cidadania e do reconhecimento LGBTQIA+ pode ser sistematizada em diversos momentos da história, contudo, numa forma geral, aponta-se o acontecimento do *Stonewall Riots* como o nascimento do movimento gay contemporâneo (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 23; 25).

No dia 28 de junho de 1969, no *Stonewall Inn*, um bar localizado em Nova York frequentado por homossexuais, policiais invadiram o bar sob a justificativa que o estabelecimento estaria desrespeitando a legislação sobre a venda de bebidas alcoólicas, a qual proibia a venda destas bebidas em estabelecimentos direcionados ao público homossexual. Os policiais tentaram prender uma série de homossexuais e travestis que estavam no local, o que gerou uma revolta sem precedentes, na qual aqueles que estavam no local passaram a contra-atacar a polícia. Esse conflito ficou conhecido como os *tumultos de Stonewall*, tendo sido este evento que inspirou a criação da *Parada do Orgulho Gay* nos Estados Unidos e no mundo (VECCHIATTI, 2012, p. 33-34). Ellen Ann Andersen (2005, p. 23) traz o relato de Rey Rivera que participou deste evento:

So I was drinking at the [Stonewall Inn], and the police came in to get their payoff as usual...I don't know if it was the customers or if it was the police, but that night everything just clicked. Everybody was like, "Why the fuck are we doing all this for? Why should we be chastised? Why do we have to pay the Mafia all this kind of money to drink in a lousy fuckin' bar? And still be harassed by the police?" It didn't make any sense. The people at them bars, especially at the Stonewall, were involved in Other movements. And everybody was like, "We got to do our thing. We're gonna go for it!" When they ushered us out, they very nicely put us out the door. Then we were

standing across the street in Sheridan Square Park. But why? Everybody's looking at each other. "Why do we have to keep putting up with this?" Suddenly, the nickels, dimes, pennies, and quarters started flying...

To be there was so beautiful. It was so exciting. I said, "Well, great, now it's my time. I'm out there being a revolutionary for everybody else, and now it's time to do my own thing for my own people." I was like, "Wow, we're doing it! We're doing it! We're fucking their nerves!" The police thought that they could come in and say, "Get out," and nothing was going to happen...So we're throwing the pennies, and everything is going off really fab. The cops locked themselves in the bar. It was getting vicious. Then someone set (re to the Stonewall. The cops, they just panicked. They had no backup. They didn't expect any of this retaliation. But they should have. People were very angry for so long. How long can you live in the closet like that?<sup>3</sup>

O *Stonewall Riot* facilitou a geração de novos quadros de movimento e formas que permitiram que as pessoas LGBTQIA+ reconhecessem e respondessem às oportunidades ao seu redor. Ataques como esses, feitos pela polícia não eram incomuns, o anormal era os clientes revidarem. Foram duas noites de tumultos. Na segunda noite de motim, mas de duas mil pessoas se encontraram em *Greenwich Village*, entrando em confronto violento com a polícia e gritando palavras de protesto, como *gay power now, we are the Stonewall girls, we wear our dungarees*. No terceiro dia, *gay power* estava grafitado em toda Christopher Street onde o *Stonewall Inn* era localizado. O impacto de *Stonewall* na política da homossexualidade foi extraordinário, semanas depois vários grupos LGBTQIA+ formaram uma mobilização que continuou por anos, para se ter uma noção, na época de *Stonewall*, existiam cerca de cinquenta organizações relacionadas a causa LGBTQIA+, quatro anos depois, tais organizações somavam mais de 800 (ANDERSEN, 2005, p. 23-24). Retratando o impacto que foi o evento de *Stonewall*, Colin Spencer (1996a, p. 349) retrata a influência deste sobre a Frente de Libertação Gay (GLF) em Londres:

A Frente de Libertação *Gay* (GLF) nasceu em Londres, no outono de 1970, inspirada no movimento de libertação *gay* que despontara um ano antes nos Estados Unidos, depois dos tumultos de Stonewall. A polícia de Nova York havia invadido um bar *gay*

---

<sup>3</sup> Então eu estava bebendo no [*Stonewall Inn*], e a polícia veio para receber o pagamento como de costume... Não sei se foram os clientes ou se foi a polícia, mas naquela noite tudo deu um estalo. Todo mundo disse: "Por que diabos estamos fazendo tudo isso? Por que deveríamos ser castigados? Por que temos que pagar à Máfia todo esse dinheiro para beber em um bar ruim? E ainda ser assediado pela polícia? Não fazia sentido. As pessoas nos bares, especialmente no *Stonewall*, estavam envolvidas em outros movimentos. E todo mundo disse: "Temos que fazer nossas coisas. Nós vamos tentar! Quando nos levaram para fora, eles muito delicadamente nos colocaram porta a fora. Então estávamos do outro lado da rua no Parque Sheridan Square. Mas por quê? Todos estão se olhando. "Por que temos que continuar aturando isso?" De repente, os níqueis, trocados, centavos e moedas começaram a voar...

Estar lá era tão bonito. Foi tão excitante. Eu disse: "Ótimo, agora é a minha vez. Estou lá fora sendo um revolucionário para todos os outros, e agora é hora de fazer minhas próprias coisas para o meu próprio povo." Eu estava como: "Uau, estamos fazendo isso! Vamos fazer isso! Estamos fodendo seus nervos! A polícia pensou que eles poderiam entrar e dizer, "Saia", e nada ia acontecer... Então, estamos jogando os centavos, e tudo está indo muito fabuloso. Os policiais se trancaram no bar. Estava ficando cruel. Então alguém colocou fogo no *Stonewall*. Os policiais entraram em pânico. Eles não tinham apoio. Eles não esperavam nenhuma dessas retaliações. Mas deveriam. As pessoas ficaram muito bravas por tanto tempo. Quanto tempo você pode viver no armário assim? (tradução livre).

chamado Stonewall Inn, na Rua Christopher, no bairro de Greenwich Village, alegando infração da permissão para venda de bebidas alcoólicas. Mas os fregueses, junto com os *gays* dos bares, dos quatinhos dos fundos e outros quartos existentes na rua, contra-atacaram durante dois dias e duas noites. O tumulto foi uma explosão de raiva e frustração de um pequeno grupo de jovens homossexuais. O poeta Allen Ginsberg disse: “Os caras estavam lindos – tinham perdido aquele ar ferido que todas as bichas tinham, 10 anos atrás”.

A transformação da equação homossexual-é-igual-a-segredo em *gay-é-igual-a-publicidade* foi tão radical quanto a que ocorreu por volta de 1700. A Frente de Libertação *Gay* britânica se autodefinia como uma organização revolucionária (o Poder Negro era o modelo para o Poder *Gay*); seus membros tinham entre 24 e 35 anos. Entre eles havia muitos artistas, marginalizados e dependentes da Previdência, além de estudantes, professores e sociólogos. O que os unia era o sentimento particular e inebriante que vinha do fato de poderem agir e falar abertamente sobre sua condição *gay*. Atitudes como beijar, abraçar e andar de mãos dadas pelas ruas eram seguidas de reivindicações pelo fim da discriminação e da opressão. Esse “sair da casca” foi o primeiro passo para que qualquer um se engajasse no movimento – um processo necessário junto à família, amigo e colegas. Mas, primeiro, era fundamental que os *gays* se mostrassem para eles próprios (amigos e amantes que já haviam feito isso foram de inestimável ajuda), a fim de que se sentissem capazes de encarar sua natureza e não ver nada de errado nela, de que não enxergassem mais a si próprios através dos olhos da sociedade. A partir do momento em que passaram a se orgulhar de si mesmos, tornou-se possível falar com a família e com os colegas sem sentir a vergonha e a humilhação freqüentemente impostas aos jovens *gays*.

Em 1974, a Associação Americana de Psiquiatria afirmou que a homossexualidade não é uma perturbação mental. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde excluiu de sua Classificação Internacional de Doenças (CID 10/1993) a homossexualidade. No Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Medicina e, em 1999, o Conselho Federal de Psicologia, afirmaram que a homossexualidade não é uma doença, nem um desvio psicológico, nem uma perversão. Apenas no final do século XX a ciência médica deixou de entender a homossexualidade como uma patologia (VECCHIATTI, 2012, p. 34).

Contudo, apesar dos avanços, não raros são os casos em que a homossexualidade era considerada crime nos códigos penais de diversos países, mantendo alguns, até hoje, tal condenação. Segundo relatório de maio de 2013 da Associação Internacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Intersexuais (ILGA), a homossexualidade é considerada crime previsto em leis de 76 países. A pena por morte para os atos homossexuais é prevista em 5 desses países e em algumas partes da Nigéria e da Somália, os cinco países são: Arábia Saudita, Irã, Iémen, Mauritânia e Sudão (MARTINS, 2015, p. 30; 44).

Em 11 de dezembro de 2013, a Suprema Corte da Índia decidiu que o sexo homossexual consensual entre dois adultos continua a ser um crime no país. Em 20 de dezembro de 2013, em Uganda, aprovou-se um projeto de lei que reprime a homossexualidade severamente, determinando prisão perpétua para os reincidentes, tal projeto, inicialmente, previa pena de morte para quem fosse flagrada pela segunda vez realizando ato homossexual, assim como para

as relações em que um dos participantes fosse menor de idade ou portador do vírus da Aids, contudo, tal severidade foi “amansada” na versão final do projeto (MARTINS, 2015, p. 45-46).

A possibilidade de se debaterem e se construírem *novas* legalidades em relação aos direitos sexuais, atual e historicamente encontra resistência junto aos movimentos conservadores e na desfiguração do papel da laicidade do Estado (SILVA, 2009, p. 55). Resumindo bem o quadro de violência e intolerância que os homossexuais foram submetidos ao longo da história, Luis Mott (2006, p. 509-510) escreveu:

Nestes últimos quatro mil anos da história humana, o Ocidente repetiu, *ad nauseam*, que o amor e o erotismo entre pessoas do mesmo sexo eram “o mais torpe, suje e desonesto pecado”, e que por causa dele Deus castigava a humanidade com pestes, inundações, terremotos, etc. Ainda hoje, cristãos menos iluminados atribuem o flagelo da Aids ao castigo divino contra a revolução sexual e o movimento gay, comprovando o quão arraigadas ficaram nas trevas da ignorância coletiva as abominações do Levítico, reforçadas pela intolerância incendiária da Santa Inquisição, que condenava à morte os amantes do mesmo sexo. Primeiro a pedradas, depois na fogueira. A mesma sanha machista mandava igualmente apedrejar a mulher adúltera e a donzela impura que se fingisse virgem ao se casar. Com o fim do Tribunal do Santo Ofício da Inquisição (1821) e a subsequente medicalização da homossexualidade, quando então se cunhou o termo “homossexual” (1869), não mais os padres, mas os delegados de polícia passaram a reprimir os infelizes, a que chamavam de “pederastas”, sob alegação de atentado ao pudor e aos bons costumes. Para justificar e racionalizar a perseguição policial, os cientistas da época inventaram teorias as mais estapafúrdias e terapias as mais cruéis (chegaram até a realizar implante de testículos de macaco nos indefesos “uranistas”), tendo como inspiração a mesma ideologia machista que obriga o homem ao desempenho de papéis sociais violentes, castrando-lhe sentimentos delicados, antagonizando maniqueisticamente o masculino e o feminino. Como magistralmente declarou a Dra. Hevelyn Hooker, respeitada psicóloga norte-americana dos anos 1940, em vez de neutralidade científica, os médicos (e, acrescentou eu, os advogados, juristas e juízes) passaram a vil condição de “cães de guarda da moral dominante”, substituindo os inquisidores da repressão aos amantes do mesmo sexo. Foi nessa mesma época que outros “cientistas” inventaram as abomináveis teorias racistas que serviram de *background* teórico para o nazismo, defendendo a inferioridade natural dos negros, judeus e outras populações, e a existência de criminosos natos e do “terceiro sexo”: mais de 300 mil homossexuais foram presos nos campos de concentração. Em muitos manuais de Sexologia Forense e Medicina Legal ainda hoje utilizados em nossos cursos de Direito, a homossexualidade continua sendo preconceituosamente referida como “homossexualismo” e “pederastia”, conceituada para parafilia, anormalidade, patologia.

Especificamente no Brasil, o comportamento homossexual é uma realidade desde antes da colonização portuguesa, tendo em vista os relatos dos colonizadores de 1500 descrevendo relacionamentos homossexuais (masculino e feminino) entre os índios brasileiros (VECCHIATTI, 2012, p. 34). Em que pese a tentativa de justificar os atos homossexuais dos silvícolas como uma perda de inocência moral devido ao contato corruptor com os brancos, antropólogos já averiguaram a ocorrência de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, como um componente cultural de muitas tribos brasileiras (TREVISAN, 2000, p. 215-216).

Nesse sentido, José Silvério Trevisan (2000, p. 65-66) destacou:

[...] O padre Manoel de Nóbrega foi provavelmente o primeiro visitante a notar esse costume no Brasil quando, em 1549, comentou que muitos colonos tinham índios por mulheres, “segundo o costume da terra”. Em 1587, o português Gabriel Soares de Souza verificava que os tupinambás “são mui afeiçoados ao pecado nefando, entre os quais não se têm por afronta; e o que serve de macho se por valente, e contam esta bestialidade por proeza; e nas suas aldeias pelo sertão há alguns que têm tenda pública a quantos os querem como mulheres públicas”. Ou seja, existiria até alguma coisa parecida com a nossa prostituição masculina. [...].

Pode-se afirmar que a sexualidade dos nativos brasileiros seguia o padrão do que acontecia na Antiguidade Clássica europeia, variando as práticas homossexuais na medida dos costumes e lendas de cada tribo. Apenas com a chegada da moral judaico-cristã que começou a perseguição às práticas homossexuais no Brasil que passou a trazer punições desumanas e praticamente sádicas aos homossexuais (VECCHIATTI, 2012, p. 35). Nas cartas régias de doação das Capitanias Hereditárias, em 1532, o Rei determinava a pena de morte aos sodomitas, sem ter que consultar a Metrópole (SILVA, 2009, p. 57).

Se bem que não restrito às relações homossexuais, o crime de sodomia era normalmente associado ao amor entre pessoas do mesmo sexo. Nas Ordenações Afonsinas (Livro V, Título 17), determinava-se a pena de fogo contra a sodomia. As Ordenações Manuelinas, o mais antigo Código Penal aplicado no Brasil, equiparava a sodomia ao crime de lesa-majestade, além da pena de fogo, foi acrescido o confisco de bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado. Nas Ordenações Filipinas (Livro V, Capítulo XIII), legislação aplicada no Brasil por mais de dois séculos, determinava que aqueles que praticasse sodomia e alimárias fosse queimado, seus bens confiscados para a Coroa e seus descendentes (filhos e netos) difamados, tratava-se de crime equiparado aos de lesa majestade (TREVISAN, 2000, p. 163-164). Detalhando mais sobre o trato da sodomia pelas Ordenações Filipinas, José Silvério Trevisan (2000, p. 164/165) escreveu:

Ao contrário das Ordenações anteriores, agora não ficavam excluídas da lei as mulheres “que umas com as outras cometem pecado contra natura, e da maneira que temos dito nos homens”. Também inovando as Ordenações anteriores, as Filipinas proclamavam que, nos casos em que pessoas do mesmo sexo apenas se masturbassem entre si (“pecado de molície”), a pena seria o degredo para as galés. Segundo essas leis, quem conhecesse e não denunciasse um sodomita perderia todos os seus pertences e sofreria degredo perpétuo para fora “de nossos Reinos e senhorios”. Ao contrário, aquele que denunciasse um suspeito de sodomia tinha direito, se comprovado o crime, a receber metade dos pertences do criminoso; quando este tivesse posses, a própria Coroa se encarregaria de premiar o denunciante com cem cruzados. O denunciante poderia optar por fazer a denúncia em público ou em privado. Além disso, para que pudessem agir livremente ante os corregedores, garantia-se às testemunhas que seus nomes seriam mantidos em segredo nos autos. Quanto ao réu, a lei previa também a possibilidade de torturas e, nessas condições, que lhe fosse “perguntado pelos companheiros (...\_ que o dito pecado (de sodomia) cometeram”, para que os

denunciasse. Assim como nos crimes de lesa-majestade, falsificação de moeda e feitiçaria, a punição à sodomia não era passível de atenuação e misericórdia, mesmo que o criminoso fosse nobre ou funcionário da Coroa – posições que geralmente outorgavam imunidade ou privilégios, em se tratando de outros crimes. No Código Filipino, havia também penalidade para homem que andasse “em trajos de mulher” e a mulher “em trajos de homem”, assim como para todo aquele que usasse máscara, “salvo se for para festas ou jogos (...) fora das igrejas e das procissões”. Nesse caso, as penas variavam desde açoite público até o degredo de três anos (para o homem) e dois anos (para a mulher), além de multa que o/a acusado/a devia pagar *para quem os denunciasse* perante a justiça (grifo do original).

Em 1580, Fernão Luiz, professor mulato, morador na Bahia, matou seu parceiro e sua família para não ser denunciado à Inquisição, esta é a primeira reação conhecida de um sodomita no Brasil para escapar das penas impostas pela prática da sodomia. Em 1591, Felipa de Souza foi a primeira lésbica a ser açoitada publicamente pela inquisição no Brasil. Apenas em 1821, a Inquisição foi extinta, sendo declarado o fim da pena de morte contra os sodomitas (SILVA, 2009, p. 57).

A Constituição do Império atualizou as Ordenações Filipinas, sancionou-se em 1830 um novo Código Criminal que acabou eliminando da legislação a figura da sodomia, isto por influência direta do filósofo inglês Jeremy Bentham e dos Códigos Napoleônico (1810) e Napolitano (1819). Os iluministas, inspiradores do Código Napoleônico, foram fundamentais para esse avanço, pois partiam da premissa de que seria uma atrocidade punir a sodomia com a morte e que, se exercida sem violência ou indecência pública, esta prática sexual não deveria cair sob o domínio da lei. Porém, a partir do Código Penal brasileiro de 1830 surgiu os crimes por ofensa à moral e aos bons costumes, os quais passaram a ser utilizado como pretexto para a repressão social da homossexualidade (TREVISAN, 2000, p. 166-167).

No Código Penal Republicano (1890), a figura jurídica da ofensa à moral permaneceu, agora com o nome de *crime contra a segurança e honestidade das famílias* ou *ultraje público ao pudor*. Nesse Código Penal, o travestismo era contravenção. Em 1932, esse Código Penal foi reformado, sendo acrescido no capítulo do *ultraje ao pudor* a proibição de circulação em território nacional de folhetos, livros, periódicos, jornais, gravuras etc. que ofendessem a moral pública (TREVISAN, 2000, p. 166).

No Brasil, com a patologização da homossexualidade no século XIX, chegou-se ao ponto de se defender em teses médico-científicas a internação de homossexuais em instituições especializadas (VECCHIATTI, 2012, p. 40). Raciocínio que perdurou, de tal forma que, em 1932, houve a prisão de 195 homossexuais pela Polícia Civil do Rio de Janeiro para serem objeto de estudo do Dr. Leonídio Ribeiro, do Instituto de Identificação (SILVA, 2009, p. 57). No mesmo sentido, juristas argumentavam favoravelmente a criminalização das relações

homoafetivas, enquanto criticavam o Código Penal ante a ausência de punição às práticas homossexuais consensuais entre dois adultos (VECCHIATTI, 2012, p. 40).

No Código Penal de 1940 (válido até a atualidade), manteve-se o crime por ultraje ao pudor. Em 1969, atualizou-se o Código Penal diminuindo as penas nos casos de ultraje público ao pudor. Em 1964, durante a Ditadura, criou-se um subterfúgio legal para punir veiculações consideradas obscenas (Lei 5.230 – Lei de Imprensa), por meio desta é que o governo ditatorial reprimiu as primeiras veiculações relacionadas com a luta pelos direitos homossexuais no Brasil (TREVISAN, 2000, p. 168).

Contudo, apesar da repressão severa ao comportamento homoafetivo, esta não fez a homossexualidade desaparecer, tendo em vista que a sexualidade não é uma opção, dada a impossibilidade de uma pessoa mudar de sexualidade por vontade própria, o que fez com que os homossexuais passassem a disfarçar mais sua prática homossexual, construindo locais onde podiam se encontrar sem que sofressem repressão da sociedade (VECCHIATTI, 2012, p. 39).

O movimento homossexual começa a tomar corpo e se organizar na segunda metade década de 70 no Brasil, isso em 1976 quando o escritor e jornalista João Silvério Trevisan tentou formar um grupo para discutir a homossexualidade (RODRIGUES, 2003, p. 70). Em que pese adotar esse evento como ponto de partida por uma questão cronológica, cabe comentar que há quem atribua como início do movimento LGBTQIA+ no Brasil o convite feito, em 1977, a Winston Leiland, editor do *Gay Sunshine* (São Francisco/EUA), pelo advogado gaúcho, João Antônio Mascarenhas, para conferência no Brasil (SILVA, 2009, p. 58).

Os principais personagens culturais dessa década foram: a contracultura, a imprensa marginal, o cinema marginal, que contrastavam com a luta armada e a ditadura que insistia em reprimir a manifestação de direitos civis fundamentais, como a liberdade de expressão (RODRIGUES, 2003, p. 70).

Na verdade, em 1969, seis meses depois do Ato Institucional nº 5, surgiu a imprensa alternativa, as publicações que fugiam tanto da forma como do conteúdo da grande imprensa. O primeiro jornal alternativo foi *O Pasquim*. Na época, podia-se identificar dois grandes tipos de jornais alternativos, primeiro, aqueles predominantemente políticos com raízes nos ideais de valorização do nacional e do popular dos anos 1950 e do marxismo dos anos 1960, segundo, aqueles com raízes nos movimentos de contracultura norte-americana, orientalismo, anarquismo e existencialismo. Cerca de 300 periódicos nasceram e morreram entre 1964 e 1980 (RODRIGUES, 2003, p. 71-72).

Em 1978, aproveitando as mudanças de vento na política brasileira, com o início do processo de abertura política no governo de Geisel, é lançado aquele que é considerado o

primeiro veículo de ampla circulação dirigido ao público homossexual, o jornal *Lampião da Esquina*. Esse lançamento influenciou diretamente a criação do Grupo Somos, grupo que consolidou o movimento homossexual no Brasil (RODRIGUES, 2003, p. 71). Contudo, relevante pontuar que o primeiro jornal gay no Brasil foi o *Snobe* no Rio de Janeiro em 1959 (SILVA, 2009, p. 57).

A forte repressão à homossexualidade perdurou no Brasil até o final do século XX, a partir da década de 1990, passou-se a tolerar mais a homossexualidade, isto devido a evolução do pensamento humano, como também o pensamento científico que despatologizou a homossexualidade. Quanto maior o entendimento de que não existe hierarquia de ordem de preferência sexual entre as pessoas, maior é a aceitação e o respeito às pessoas homossexuais. O fluxo de conhecimento e de informação é fundamental para o combate às práticas homofóbicas (VECCHIATTI, 2012, p. 42).

Grandes foram os avanços que podem ser citados na década de 1990. Salvador tornou-se a primeira cidade da América Latina a proibir a discriminação por orientação sexual na sua Lei Orgânica Municipal, inspirando mais 72 municípios e as Constituições Estaduais de Sergipe e Mato Grosso isso em 1990. Em 1994, é aprovada a Lei Municipal contra a discriminação por orientação sexual em Porto Alegre por iniciativa do Grupo Nuances. Em 1996, pela primeira vez, os homossexuais são citados num documento oficial do Governo, no plano Nacional de Direitos Humanos. Em 1998, Kátia Tapety foi a primeira travesti a ser eleita vereadora em Colônia do Piauí/PI (SILVA, 2009, p. 59). Assim, 169 anos depois do fim da inquisição, a prática da homossexualidade deixa de ser crime, passando a ser delito a discriminação homofóbica (MOTT, 2006, p. 512).

O que se percebe ao estudar o movimento LGBTQIA+ é que *Stonewall* não veio do vácuo, é reflexo dos protestos da década de 1960 que englobava o ativismo em torno dos direitos civis, da Guerra do Vietnã e da libertação das mulheres, muitos dos envolvidos no *Stonewall* participaram desses outros movimentos. Quando esses militantes voltaram sua atenção para as questões LGBTQIA+, aproveitaram os modelos organizacionais e quadros de ação coletiva desses outros movimentos. Destes, o mais signatário foi a invocação de convenções e discursos jurídicos. É uma característica dos movimentos sociais americanos recorrer a conceitos legais para reformular as condições sociais injustas com intuito de reforçar a legitimidade das suas reivindicações, por isso não surpreende que movimentos que aderem a esse modelo operacional recorram aos tribunais para avançarem seus objetivos, seja diretamente – vencendo casos e desenvolvendo precedentes – seja indiretamente – mobilizando potenciais adeptos, gerando apoio público e/ou contrariando antagonistas (ANDERSEN, 2005, p. 24-25).



Retratando bem o ambiente revolucionário da década de 1960, Colin Spencer (1996a, p. 348) escreveu:

Era preciso que surgisse um grupo reformista mais militante. No final da década de 60, a revolução era o ar que os jovens estudantes respiravam. As revoltas estudantis de maio de 1968 em Paris, o crescimento mundial do movimento estudantil, os grandes concertos ao ar livre e o consumo de maconha, a revolta nos Estados Unidos contra a guerra do Vietnã, a “Primavera de Praga” na Tcheco-Eslováquia, a ascensão do movimento *hippie* e sua máxima “faça amor, não faça guerra” – todos esses fatos contribuíram para que essa nova geração acreditasse que a velha ordem estava ruindo e que uma nova aurora despontava.

*A Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) – Associação Nacional para o Progresso de Pessoas de Cor – e o seu Fundo Legal de Defesa e Educação são o exemplo prototípico do litígio como tática de movimento social. Formada em 1909, inicialmente, a NAACP utilizava o litígio judicial apenas como modo de defender homens negros que eram acusados de atacar brancos. Contudo, a partir de 1920, a NAACP começou a recorrer ao Judiciário proativamente para combater práticas sociais discriminatórias, além de defensivamente como costumava fazer. Iniciou-se desafios legais a convênios habitacionais restritivos, práticas de votação excludente e escolaridade segregada. Dentre os avanços alcançados, o mais notório foi o caso *Brown vs. Board of Education* (1954). Devido ao envolvimento com a luta de direitos civis por outros movimentos, muitos dos ativistas envolvidos com a causa LGBTQIA+ estavam conscientes do potencial do litígio judicial como instrumento para redistribuir o poder político e amenizar as condições sociais da comunidade LGBTQIA+. Os casos que mais simbolizaram o impacto de *Stonewall* na consciência LGBTQIA+ referem-se ao casamento entre pessoas do mesmo sexo (ANDERSEN, 2005, p. 25).

Nos Estados Unidos, o litígio judicial organizado em nome dos direitos homossexuais surgiu devido à mudança na estrutura de oportunidades jurídicas, porém estas não implicam necessariamente em mudanças sociais, é igualmente necessário que o movimento social em si esteja organizado e seja capaz de identificar a oportunidade. Mudanças na estrutura jurídica proporcionam oportunidades de ação, mas não geram a ação em si, esta depende da atuação dos atores do movimento social, pois é a ação destes que ajudará a moldar a estrutura de oportunidades jurídicas. Os agentes sociais, portanto, não devem aguardar a oportunidade jurídica surgir, eles podem ativamente produzi-la (ANDERSEN, 2005, p. 26; 56-57).

A luta por cidadania iniciada pelo movimento *gay* nos Estados Unidos influenciou fortemente a organização inicial do segmento no Brasil ainda que com atraso, devido ao cenário político desfavorável às liberdades individuais e coletivas, em virtude do golpe militar

perpetrado no país. A partir de *Stonewall* foi criada a janela de oportunidade necessária para o surgimento do movimento LGBTQIA+ durante a ditadura militar brasileira (VIANA, 2017, p. 76-77).

No Brasil, percebe-se que a mudança na estrutura de oportunidades jurídicas surgiu na década de 1970 com o início de uma abertura política e amenização da repressão imposta pela ditadura militar. Sensíveis a isto, o movimento LGBTQIA+ começou a se estruturar por meio da imprensa informal e da fundação de grupos sociais militantes, como o Grupo Somos (SP – 1979), o Grupo de Atuação e Afirmação Gay (RJ – 1979) e o Grupo Gay da Bahia (BA – 1980) (SILVA, 2009, p. 58).

Pontuando sobre os movimentos gay e lésbico, Pierre Bourdieu (2002, p. 145-146) expõe que estes movimentos trazem à tona questões que estão entre as mais importantes das ciências sociais, questionando os fundamentos da ordem simbólica vigente, visando subvertê-la. Contudo, alerta para a dificuldade de se elaborar essa mobilização social, tendo em vista ter que encarar o desafio de tentar subverter a ordem simbólica vigente partindo da base social que a construiu de forma desfavorável aos homossexuais. Esse movimento social tende a dissolver de certo modo suas próprias bases sociais, enquanto reverte a ordem simbólica dominante e avança com as suas reivindicações.

Ciente desse desafio, Pierre Bourdieu (2002, p. 146-148) argumenta que, para mudar duradouramente, deve-se alterar as categorias incorporadas (esquemas de pensamento) que criam as categorias sociais. Nesse enredo, ele destaca o papel do Direito para reformar o domínio simbólico criado da discriminação histórica, reconhecendo as particularidades da comunidade LGBTQIA+ e garantindo-lhes acesso aos direitos universais que lhes foram recusados, pois é nesse momento que os membros dessa minoria simbólica são chamados à ordem do universal. Cabe ao Direito garantir ou, pelo menos, reforçar que os particularismos e o comunitarismo do movimento LGBTQIA+ não seja causa de discriminação e segregação de direitos universais.

Os direitos de reconhecimento são importantes no instante que visam reconhecer a homossexualidade como mais uma expressão das diversas sexualidades, sem hierarquia, como historicamente foi construída. Se, atualmente, o movimento LGBTQIA+ busca sua visibilidade, é para que no futuro a homossexualidade possa ser encarada como uma manifestação natural, até mesmo invisível (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 26).

O sexo e a sexualidade foram reconhecidos como um traço da personalidade, um direito personalíssimo de cada indivíduo. O reconhecimento de que os indivíduos homossexuais são portadores de direitos pode ser apontado como um grande avanço diante do tratamento histórico

(pecado, crime e doença) que lhes foi dado (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 27). A despatologização da homossexualidade remete diretamente à defesa dos direitos humanos das minorias sexuais (MOTT, 2006, p. 510).

A influência dos ideais de direitos humanos no contexto de pós-Segunda Grande Guerra, permitiu um ambiente adequado para o surgimento de movimentos, organizações e entidades que lutavam em prol de grupos sociais específicos, como mulheres, negros e homossexuais. A temática específica do grupo LGBTQIA+ passou a conseguir disputar mais espaço, tais avanços podem ser percebidos à medida que os organismos internacionais se fortalecem e agem nesse sentido (VIANA, 2017, p. 75-76).

Carta das Nações Unidas (1945), Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966) formam o Sistema Global de proteção aos Direitos Humanos que concentra os mecanismos de proteção e monitoramento na Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU). Contudo, até esse momento, não havia encarado de frente temas referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Apenas em 2003, quando o Brasil e a África do Sul apresentaram a Resolução “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero” na ONU, esse tema foi encarado de frente no enredo internacional (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 29-30).

Outro importante marco legal foi a aprovação da *Declaração nº A/63/635 – Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero*, o *Informe Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos* e o *Nascidos e Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos*, nos quais ficou estabelecido que os Estados-membros ficam obrigado a: (I) proteger indivíduos de violência homofóbica e transfóbica; (II) prevenir a tortura e tratamento cruel, desumano e degradante de pessoas LGBTI; (III) descriminalizar a homossexualidade; (IV) proibir discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero; e, (V) respeitar as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 30).

Cabe ainda destacar que, em junho de 2013, o Brasil, em conjunto com a Argentina, Croácia, El Salvador, França, Estados Unidos, Nova Zelândia, Israel, Japão, Noruega, Países Baixos e a Alta Representante da União Europeia para Relações Exteriores e Política de Segurança propuseram a *Declaração Ministerial sobre Eliminação da Violência e da Discriminação contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero*, na qual se comprometem a convencer os membros da ONU a rejeitar leis discriminatórias, aperfeiçoar respostas à violência motivada pelo ódio, e assegurar proteção jurídica adequada e

apropriada da discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero, dentre outras medidas (AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 30).

Assim, mediante o fortalecimento e amadurecimento dos movimentos sociais, o debate referente aos direitos sexuais e a vivência de outras formas de expressão da sexualidade que não sejam somente a heterossexual tem conseguido ser introduzido junto às pautas de discussão da sociedade, fazendo com que tais temáticas sejam incluídas em discussões acerca dos Direitos Humanos, proporcionando um processo de rompimento da hegemonia machista e heterossexual existente na sociedade (SILVA, 2009, p. 55).

Assim, percebe-se a contribuição positiva do instrumental jurídico em prol da reformulação das condições sociais existentes e da distribuição do poder político. Assim como sugerido por Pierre Bourdieu, vê-se a mobilização do direito agindo em combate ao domínio simbólico discriminatório e em prol do reconhecimento das particularidades da comunidade LGBTQIA+ no sentido de que estas não sejam mais apresentadas como causa de discriminação e de segregação preconceituosa de direitos humanos universais.

### **3.2. MOBILIZAÇÃO DO DIREITO E O MOVIMENTO LGBTQIA+ NO BRASIL**

Em face do estigma, do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, rotulações pejorativas e discriminatórias. O legislador, com medo de desagradar o eleitorado, prefere não aprovar leis que concedam direitos às minorias alvo de discriminação, trata-se de uma perversa condenação à invisibilidade. Nesse enredo, essa parcela da população busca no Judiciário o reconhecimento dos seus direitos civis, prejudicados pela omissão normativa (DIAS, 2017, p. 285-287). Explicando esse enredo, Maria Berenice Dias (2011, p. 197) escreveu:

A única forma de a população LGBT assegurar as garantias e prerrogativas consagradas na Constituição Federal foi buscar o Poder Judiciário. O legislador se acovarda na hora de assegurar direitos à minoria alvo de tanta discriminação. Esconde-se em motivos de natureza religiosa, mas certamente se omite por temor de ser rotulado de homossexual, ou, quem sabe, por medo de comprometer sua reeleição. Mas ninguém pode ficar à mercê de um Poder Legislativo inerte e preconceituoso que se nega a cumprir o seu mister: editar leis que deem efetividade aos comandos constitucionais. Basta lembrar que data do ano de 1995 o primeiro Projeto de Lei que, tal qual um punhado de tantos outros, vagam pelas Casas Legislativas sem nunca terem sido levados à votação. A maioria deles acaba arquivada. Nem mesmo o que criminaliza a homofobia consegue ser aprovado.

Mas a falta de lei não significa ausência de direitos. Diante da inércia do parlamento, é da Justiça o encargo de preencher os vazios da legislação. O sistema jurídico tem como valor primeiro o respeito à dignidade da pessoa humana, assentado nos princípios da liberdade e da igualdade, o que assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos. Assim, qualquer violação de direito merece ser trazida a juízo. E, quando a jurisprudência se consolida, o legislador se vê obrigado a transformá-la em normas legais, sob pena de perder uma fatia de poder.

A causa LGBTQIA+ é tema de diversos projetos de lei que “tramitam” no Congresso Nacional. Uma das medidas mais antigas é o PL 580/2007, apresentado em 27/03/2007 por Clodovil Hernandez do PTC/SP, que visa alterar o Código Civil para dispor sobre o contrato civil da união homoafetiva, projeto ainda em tramitação há quase 15 anos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, *online*). Tal Projeto está parado na Comissão de Seguridade Social e Família, já teve parecer rejeitado e aguarda novo parecer de relator que integra a bancada religiosa. O mais longe que a união igualitária chegou no parlamento brasileiro foi com a PL 612/2011, chegando a ser aprovada pela CCJ do Senado, porém findou por arquivada por ter chegado ao fim da legislatura sem análise do plenário. Atualmente, os casais homoafetivos têm direito à união estável por força de decisão judicial do STF em 2011 (BRITO, 2021, *online*).

O tema da criminalização da LGBTfobia é o mais recorrente nas medidas legislativas federais, porém, diante da inação do Congresso, o STF veio a criminalizar a homofobia e transfobia por meio do MI nº 4.733 e ADO nº 26. O PL 309/2004 versa sobre o tema da criminalização da homofobia, mas tal projeto ainda aguarda referendo dos deputados há, pelo menos, 15 anos (BRITO, 2021, *online*).

Os projetos de lei “tramitando” em prol das questões LGBTQIA+ sofrem um verdadeiro engavetamento, o que retrata o absoluto descaso do Poder Legislativo. O PL 70/1995 (excludente de criminalidade à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo dos transexuais), o PL 6.655/2006 (substituição do prenome de pessoa transsexual), o PL 2.976/2008 (permissão para travestis utilizarem o nome social ao lado do nome e do prenome oficial), o PL 3.099/2000 (obrigatoriedade da disciplina *orientação sexual* nos currículos da 5ª e 6ª série do ensino fundamental) e o PL 674/2007 (busca a supressão do termo *entre um homem e uma mulher* do art. 226, §3º, CF/88) são exemplos notórios de projetos de leis, com pelo menos 15 anos de debates parlamentares, que advogam em prol da causa LGBTQIA+, mas que falta vontade política e coragem para serem aprovados (DIAS, 2011, p. 72-73).

O coordenador da área jurídica da Aliança Nacional LGBTQIA+ e membro-consultor das comissões de Diversidade Sexual e de Gênero, e de Estudos sobre Violência de Gênero, da OAB Paraná, Marcel Jeronymo, disse estar desacreditado em grandes avanços do Legislativo e que a omissão legislativa tem levado o Judiciário a referendar os direitos LGBTQIA+ (BRITO, 2021, *online*).

A resistência da ala conservadora, fundamentalista e homofóbica do Poder Legislativo na esfera federal é notória. Os avanços são mais perceptíveis nos Estados-membros e nos inúmeros municípios que vêm promovendo emendas às respectivas Constituições e nas leis orgânicas para coibir discriminações por orientação sexual. Muitos desses avanços se devem

ao movimento social, extremamente ativo e atuante. Apesar das dificuldades em avançar no âmbito do governo federal, existiram conquistas significativa, como os Programas Nacionais de Direitos Humanos I e II, nos anos de 1996 e 2002 e a criação da Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de LGBTQIA+ no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos, além da criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (DIAS, 2011, p. 73; 77-78).

De maneira complementar à atuação nos canais tradicionais de participação política, o movimento social LGBTQIA+ também se utiliza do Judiciário para avançar na sua pauta política. No ordenamento brasileiro, é possível identificar momentos da mobilização do direito em prol da causa LGBTQIA+, algumas conquistas mais diretas, como nos casos do reconhecimento da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos, outras indiretas como o ganho da consciência de direitos, mobilização de adeptos e enfrentamento de antagonistas, exemplificado pela mobilização do direito pelo Grupo Triângulo Rosa (RJ), o Grupo Gay da Bahia (BA) e Libertos (SP) que, durante a constituinte (1986), fizeram campanha pela inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual na Constituição (SILVA, 2009, p. 58).

O vácuo legislativo acerca da união homoafetiva já foi a justificativa para o Judiciário avalizar a injustiça contra os casais homoafetivos, negando-lhes diversos direitos derivados do reconhecimento de uma entidade familiar, como a meação patrimonial, deixando à margem do Direito uma parcela considerável de cidadão sob o fundamento simplista de inexistir norma legal (VECCHIATTI, 2012, p. 153-154).

Diante da resistência descomunal nos canais tradicionais de política, o movimento LGBTQIA+ encontrou no Judiciário um caminho, apesar dos pesares, “menos penoso”. Em 1998, o STJ afirmou a existência de *sociedade de fato*, assegurando ao parceiro homossexual a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum (STJ, REsp. nº 148.897). As uniões homossexuais eram encaradas juridicamente como *sociedades de fato*, visualizava-se um vínculo negocial, e não uma relação afetiva com características de uma família, inserindo-as no direito obrigacional, excluindo-as do direito das famílias, afastando direitos sucessórios e previdenciários (DIAS, 2017, p. 289).

A ordem constitucional de 1988 retirou a união estável da clandestinidade no seu art. 226, 3º, passando a reconhecer a afetividade como razão para a constituição de uma entidade familiar. Contudo, a união entre pessoas do mesmo sexo não acompanhou esse avanço, evoluindo na medida das conquistas judiciais (EHRHARDT JÚNIOR; LACERDA, 2018, p. 194-195).

O art. 226, §3º da CF/88 expressamente trata sobre a união estável entre homem e

mulher, o ideal seria que, antes de decidir a questão em face dos casais homoafetivos, o Judiciário deveria incentivar o Legislativo a tratar da matéria, o que retrataria bem um diálogo entre os poderes em sede de controle de constitucionalidade. Contudo a inércia sobre essa questão é evidente de tal maneira que é custoso acreditar que o Congresso romperia tal inação se o STF não tivesse suprido as dúvidas acerca da natureza jurídica das uniões homoafetivas (EHRHARDT JÚNIOR; LACERDA, 2018, p. 196).

As mudanças em prol do reconhecimento de um *vínculo familiar* começaram pela Justiça gaúcha em 1999 a qual definiu a competência dos juizados especializados da família para apreciar as ações referentes à união das pessoas do mesmo sexo. Em 2001, também no Rio Grande do Sul, proferiu-se uma decisão reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, deferindo a herança ao parceiro sobrevivente. Em 2004, o TSE reconheceu a existência de união estável homossexual ao estender a inelegibilidade à parceira do mesmo sexo de uma ocupante de cargo eletivo no REsp. nº 24.564 (DIAS, 2017, 289; 298).

No âmbito do STJ, o entendimento da união homoafetiva como uma mera *sociedade de fato* apenas foi mudar em 2008 quando esta Corte reconheceu o cabimento da analogia para reconhecimento da união estável homoafetiva, porém a viragem jurisprudencial do STJ apenas aconteceu em definitivo no ano de 2011 com diversos julgados que consolidaram esse entendimento, pautando-se nos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da promoção do bem-estar de todos, da liberdade de consciência e da laicidade estatal para justificar o uso da analogia quando se analisar as uniões estáveis homo e heteroafetivas, igualando-as (VECCHIATTI, 2012, p. 423; 425).

Foi no julgamento do REsp nº 820.475/RJ que o STJ finalmente reconheceu a ausência de proibição normativa ao reconhecimento da união estável homoafetiva, sendo este o julgado que viabilizou a viragem jurisprudencial para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar, ratificada pelos REsp nº 1.026.981/RJ; 1.085.646/RS, 930.460/PR e 1.199.667/MT (VECCHIATTI, 2012, p. 427).

Em 2008, o Governador do Estado do Rio de Janeiro apresentou a ADPF nº 132 com a intenção de equiparar as uniões homoafetivas às uniões heteroafetivas para aplicar ao regime jurídico dos servidores públicos estaduais. Em 2009, a Procuradoria Geral da República ingressou com a ADPF nº 178 que foi recebida como ADI nº 4.277. A ADPF nº 132 e a ADI nº 4.277 têm objetos semelhantes, porém esta última possui uma abrangência maior, pois, além da extensão dos direitos e deveres dos companheiros das uniões heteroafetivas às homoafetivas, procurava reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar (MARTINS, 2015, p. 155).

Em 05/05/2011, O STF encarou o tema da união homoafetiva como entidade familiar

no histórico julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, no qual, aplicando a *interpretação conforme à Constituição* ao art. 1.723 do CC/02 reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, excluindo deste dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família (BRASIL, 2011, p. 656). O direito fundamental à liberdade de orientação sexual foi reconhecido pelo STF neste julgamento, consagrando o entendimento de que da mesma forma que as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem a mesma toada (VECCHIATTI, 2012, p. 217; 435).

Construiu-se ainda o raciocínio de que conceito jurídico de família previsto na ordem constitucional de 1988 não distingue famílias formalmente constituídas, daquelas existentes de fato, como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por homoafetivos. Nesses termos, defendeu a interpretação não-reducionista do conceito de família, de maneira a primar por uma interpretação que combate o discurso preconceituoso e homofóbico (MARTINS, 2015, p. 157-158).

Luiz Fux segue a mesma linha, acrescentando que homossexualidade é um fato da vida, trata-se de uma característica da personalidade do indivíduo, não havendo nada que distinga o vínculo de união estável estabelecido por um casal heteroafetivo, daquele constituído por um casal homoafetivo, inexistindo razão para tratamento jurídico diferenciado, impondo-se o tratamento idêntico (MARTINS, 2015, p. 158; 160).

Quanto à expressão *entre homem e mulher* prevista no art. 226, §3º da CF/88, explica Luiz Fux que a referida norma veio inserido no texto constitucional para emancipar as uniões estáveis, tirando-as das sombras e que uma interpretação restritiva não sincronizaria com a sua natureza e razão jurídica. Acrescentando ainda que o requisito da publicidade, no caso das uniões estáveis homoafetivas, ainda deve ser flexibilizado diante do preconceito e intolerância que o vínculo entre pessoas do mesmo sexo ainda sofre (MARTINS, 2015, p. 161).

A Ministra Cármen Lúcia reforça o pensamento desenvolvido, argumentando que o trecho *entre o homem e a mulher* do art. 226, §3º da CF/88 não significa que união homoafetiva é constitucionalmente intolerável, tal raciocínio conflitaria com os pilares normativos da ordem constitucional de 1988 fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual prima pelo desenvolvimento livre da personalidade humana. Entender ao contrário seria interpretar ao contrário, os princípios constitucionais que fundamentam o pluralismo político e social (BRASIL, 2011, p. 699; 703).

O Ministro Ricardo Lewandowski também se manifestou a favor do reconhecimento da união estável homoafetiva como uma entidade familiar com os mesmos direitos que a união



estável heteroafetiva, porém com algumas peculiaridades. Em linhas gerais, argumentou que a união estável homoafetiva não seria a mesma coisa que a união estável heteroafetiva garantida constitucionalmente, pois esta, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. Assim, a união estável homoafetiva seria um quarto gênero, deduzido a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional, que demanda a respeitabilidade aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual (BRASIL, 2011, p. 713).

Nesse enredo, para Ricardo Lewandowski, a união homossexual sofreria com a omissão inconstitucional do legislador e mereceria ser integrada pelo instrumento metodológico da integração até que o parlamento supra a referida inação normativa (BRASIL, 2011, p. 718).

De maneira unânime, todos os Ministros que votaram entenderam que a união estável homoafetiva é uma entidade familiar com os mesmos direitos da união estável heteroafetiva, A divergência que surgiu foi a forma como se chegou a esse resultado. Nesse sentido, pode-se distinguir dois grandes grupos, o primeiro é formado pelos Ministros: Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello que entenderam por incluir a união homoafetiva como uma figura típica da união estável (EHRHARDT JÚNIOR; LACERDA, 2018, p. 201).

O segundo grupo foi formado pelos Ministros: Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. O raciocínio desse grupo era o de que não seria cabível a interpretação conforme à Constituição, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma nova entidade familiar, a qual, por falta de disciplinamento próprio, utilizar-se-ia das regras da união estável por meio de uma aplicação analógica (Lewandowski e Peluso) ou da teoria do pensamento do possível (Mendes) (EHRHARDT JÚNIOR; LACERDA, 2018, p. 202).

As duas ações foram julgadas (ADI nº 4.277 e a ADPF nº 132) com relatoria do Ministro Ayres Britto e em votação unânime, da qual participaram a favor dez Ministros: Carlos Ayres Britto (relator), Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Marco Aurélio, Celso de Mello, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso. O Ministro José Antonio Dias Toffoli não votou, pois julgou-se impedido, por ter dado parecer favorável à anulação das decisões do TJRJ, à época, pela Advocacia Geral da União (MARTINS, 2015, p. 155).

Deu-se ao art. 1.723 do CC/02 interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva (BRASIL, 2011, p. 656).

Na época do julgado, segundo o Censo 2010 do IBGE, havia mais de 60.000 (sessenta mil) uniões homoafetivas declaradas no Brasil (BRASIL, 2011, p. 667). Casais que, mesmo preenchendo os mesmos requisitos para a configuração de união estável exigidos para casais heteroafetivos (convivência contínua, duradoura e estabelecida com o propósito de constituição de entidade familiar), não tinham acesso aos mesmos direitos, nem eram reconhecidos como *família*.

Destarte, especificamente no caso do reconhecimento da união estável homoafetiva, percebe-se diretamente a mobilização do direito servido a pauta da luta por direitos civis do movimento LGBTQIA+, consolidando o valor cultural atual acerca da pluralidade de *entidades familiares* e auxiliando a desconstruir o domínio simbólico preconceituoso vigente que identificava o conceito de família como a relação entre um homem e uma mulher constituído pelo laço matrimonial (DIAS, 2017, p. 286).

Firmou-se agora com a defesa e a certeza jurídica o entendimento de que a limitação que o constituinte impôs à união estável referindo-se a um requisito da diversidade de sexo é insuficiente para concluir que vínculos homoafetivos devam ser ignorados ou não possam ser protegidos. A desobediência dessa tese firmada em prol do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares com os mesmos direitos e deveres das uniões estáveis heteroafetivas, abre margem a apresentação de pedido de reclamação diretamente ao STF (DIAS, 2017, p. 287; 290).

Consequência derivada diretamente desse enredo foi o reconhecimento da conversão da união homoafetiva em casamento, inicialmente, entendimento desenvolvido pela jurisprudência e, em seguida, acolhido pelo STJ no REsp. nº 1.183.378 em 25 de outubro de 2011. Sendo elaborada em 2013 a Resolução 175/2013 do CNJ que proibiu às autoridades competentes recusarem a habilitação, a celebração do casamento civil ou a conversão da união estável em casamento (DIAS, 2017, p. 290).

Com o reconhecimento da união homoafetiva como união estável pelo STF e sendo um dos efeitos da união estável a possibilidade de conversão em casamento civil por força da parte final do art. 226, §3º, da CF/88 e do art. 1.526 do CC/02, tem-se por juridicamente possível e obrigatória a possibilidade de conversão de união estável homoafetiva em casamento civil, como também a possibilidade do casamento civil homoafetivo de maneira direta (VECCHIATTI, 2012, p. 286).

A assunção de uma postura criativa do Tribunal foi fundamental para solucionar as problemáticas relacionadas à inconstitucionalidade por omissão que estava prejudicando a efetividade dos direitos e garantias fundamentais da comunidade LGBTQIA+. O Poder

Judiciário foi chamado a substituir o sistema política tradicional nessa inação, mas não de maneira a usurpa-lhe competência. O reconhecimento da união estável homoafetiva por interpretação extensiva ou analogia não atrita com a estrutura constitucional, pois no texto constitucional não há nada que proíba essa exegese constitucional inclusiva (VECCHIATTI, 2012, p. 256-257).

Outro momento notório de mobilização do direito em prol da comunidade LGBTQIA+ foi no momento de reconhecer a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. A adoção por casais homoafetivos e por homossexuais solteiros é um assunto ainda muito polêmico, tendo em vista que seus antagonistas, de forma preconceituosa, baseando-se em puro subjetivismo, argumentam que a homossexualidade dos pais adotivos poria em risco o livre desenvolvimento da sexualidade da criança que seira influenciado, nem que seja indiretamente, a se “tornar” homossexual, prejudicando a sua formação diante da ausência da figura paterna ou materna (VECCHIATTI, 2012, p. 501-502).

Contudo, essa tese peca pela falta de uma séria de elementos lógicos, partindo de uma perspectiva preconceituosa de que a única expressão “saída” da sexualidade humana seria a heterossexualidade, portanto, que a homossexualidade seria uma doença ou algo do gênero, não aceitando a naturalidade da homossexualidade. Raciocínio inviável de todas as formas, inclusive técnica, tendo em vista que a Organização Mundial da Saúde consagrou a homossexualidade como uma das livres manifestações da sexualidade humana ao revisar a Classificação Internacional de Doenças 10 em 1993. De mais a mais, se realmente fosse indispensável à heterossexualidade de um indivíduo que ele fosse criado por um casal heterossexual, como explicar a existência de homossexuais filhos de casais heteroafetivos ou por famílias monoparentais? (VECCHIATTI, 2012, p. 502).

Em 2010, o STJ deferiu à parceira homossexual a adoção unilateral dos filhos que haviam sido adotados pela companheira no REsp. nº 889.852 (DIAS, 2017, p. 298-290). Destacando as palavras do Ministro João Otávio de Noronha no referido Recurso Especial, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2012, p. 505) escreveu:

Nesse sentido, como bem dito pelo Ministro João Otávio de Noronha em seu voto concordante no *REsp 889.852/RS*, que confirmou decisão gaúcha concessiva de adoção a um casal homoafetivo: “precisamos parar com essa falsidade, quiçá hipocrisia, de que elas podem fazer mal ao meninos. As famílias de pais héteros têm nos dado seguidos exemplos de maus-tratos às crianças. As periferias nos mostram pais maltratando e estuprando as próprias filhas. Então, não se pode supor que o fato de as adotantes serem duas mulheres ou que vivam uma relação homoafetiva possa causar algum dano. Dano causa manutenção do menor no abrigo ou dano causará ao interesse das crianças a não adoção. A adoção melhora, e muito, as condições de assistência médica e social; isso está positivado no acórdão recorrido” (grifo do original).

O que importa no momento de deferir um pedido de adoção é a capacidade do(s) adotante(s) de propiciar ao adotado um ambiente familiar sadio e que propicie o seu pleno desenvolvimento. Sem entrar no mérito da possibilidade já explicitada das uniões e casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, o argumento dos antagonistas à possibilidade de adoção por homossexuais era a de que o teor literal do art. 1.618, parágrafo único do CC/02 não permitiria tal adoção, pois apenas cônjuges (pessoas civilmente casadas) ou companheiros (pessoas em união estável) poderiam adotar conjuntamente um menor e, como os dispositivos que regulavam o casamento civil e a união estável continham a expressão “o homem e a mulher”, seria vedado o casamento e a união homoafetiva, por consequência, a adoção também. A omissão legal fundamentava o impeditivo para adoção de casais homoafetivos, pois haveria uma “proibição implícita” (VECCHIATTI, 2012, p. 503; 505).

Tal tese foi derrubada, tendo em vista que não existe “proibições implícitas”, o art. 5º, II, da CF/88 é claro ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude de lei*, não havendo lei proibitiva da adoção por casais homoafetivos, a omissão legal não pode se levantar contra ela. Além do mais, tal discriminação infundada atritaria diretamente com o princípio da isonomia, tanto a família heteroafetiva, como a homoafetiva enquadram-se no conceito de família juridicamente protegida, estando em situação de igualdade, assim, o foco no momento de conceder a adoção a alguma delas é verificar a capacidade dessas em propiciar um ambiente saudável para o desenvolvimento do adotado, o que ambos os modelos de famílias são igualmente capazes de fazer (VECCHIATTI, 2012, p. 505-506).

A discriminação entre pessoas homoafetivas e heteroafetivas no momento da adoção pautada exclusivamente na opção sexual é uma discriminação negativa que viola o princípio da isonomia, como também a dignidade humana das pessoas homoafetivas, como também do adotado que seria beneficiado pela adoção, negando-lhe o direito de ser criado por uma família com plenas condições para tanto pelo argumento preconceituoso. Destarte, antes mesmo do STF decidir sobre a possibilidade da união homoafetiva, pautando-se no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da isonomia, a adoção por pessoas homoafetivas era viável. Contudo, não se nega que tal reconhecimento trouxe avanços e facilitou sobre a questão da adoção por pessoas homoafetivas (VECCHIATTI, 2012, p. 509-510).

Além dos direitos derivados diretamente das decisões judiciais com eficácia *erga omnes*, várias instâncias da iniciativa privada e da Administração Pública vem baixando provimentos, instruções normativas ou circulares garantindo direitos ou assegurando benefícios a parceiros homoafetivos. Na instrução normativa 25/2000 de 07 de junho de 2000 do Instituto Nacional

de Seguro Social (INSS) e a portaria 513/2010 de 09 de dezembro de 2010 do Ministério da Previdência Social que estabeleceram a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão para o companheiro homossexual (DIAS, 2011, p. 211-212).

Na mesma toada, em sede administrativa, o STF (Resolução 380/2008 e Ato Deliberativo 27/2009) e o CNJ (Resolução 39/2007) já haviam admitido direitos aos companheiros de união homoafetiva de seus servidores (MARTINS, 2015, p. 154-155). Ademais, derivada de decisão liminar proferida pela Justiça Federal de São Paulo, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal, Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) regulamentou, por meio de Circular 257/2004 de 21 de junho de 2004, o direito do companheiro sobrevivente homossexual na mesma condição de dependente preferencial à percepção do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – Seguro DPVAT (DIAS, 2011, p. 212-213).

Outros atos administrativos progressistas também merecem menção como: **Circular 257/2004 de 21.06.2004 e Resolução Normativa 77/2008 de 29.01.2008 do Conselho Nacional de Imigração** (direito ao visto de permanência ao companheiro em união estável sem distinção de sexo); **Resolução 4 de 29.06.2011 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça** (direito à visita íntima tanto para relações heteroafetivas, como homoafetivas); **Parecer 1.503/2010 de 10.07.2010 do Ministério da Fazenda** (casais homoafetivos podem declarar seus companheiros como dependentes desde 2011); **Portaria 1.353 de 13.06.2011 do Ministério da Saúde** (a orientação sexual não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue); **Resolução 1.957/2010 de 15.12.2010 do Conselho Federal de Medicina** (estendeu o uso de técnicas de reprodução assistida para todas as pessoas capazes, afastando a restrição que limitava a um homem e uma mulher); **Portaria 1.707/2008 do Ministério da Saúde** (autorizou o processo transexualizador por meio do SUS); **Resolução 1.955/2010 de 03.09.2010 do Conselho Federal de Medicina** (retirou o caráter experimental da cirurgia de transgenitalização, podendo, agora, ser realizada em qualquer hospital e autorizou a realização, a título experimental, a cirurgia de construção de uma órgão sexual masculino em transexuais); **Parecer técnico 141/2009 de 27.11.2009 do Ministério da Educação** (orientou as instituições de ensino a adotarem o nome social de transexuais e travestis nos registros escolares); **Portaria 233/2010 de 18.05.2010 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão** (autoriza o uso do nome social aos servidores públicos travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e funcional); **Resolução 014/2011 de 20.06.2011 do Conselho Federal de Psicologia** (assegurou às pessoas transsexuais e travestis o direito à escolha de tratamento

nominal a ser inserido no campo “observação” da Carteira de Identidade Profissional do Psicólogo) (DIAS, 2011, p. 213-215).

Assim, percebe-se a contribuição positiva do instrumental jurídico em prol da reformulação das condições sociais existentes e da distribuição do poder político. Assim como sugerido por Pierre Bourdieu, vê-se a mobilização do direito agindo em combate ao domínio simbólico discriminatório e em prol do reconhecimento das particularidades da comunidade LGBTQIA+ no sentido de que estas não sejam mais apresentadas como causa de discriminação e de segregação preconceituosa de direitos humanos universais. Seja de maneira direta, por meio dos efeitos diretos de decisões judiciais, seja de forma indireta, mobilizando potenciais adeptos, gerando apoio público e/ou contrariando antagonistas.

No próximo capítulo, verticalizar-se-á sobre outro momento de mobilização do direito por parte do movimento LGBTQIA+ no Brasil, na luta por uma demanda que, como visto, vem desde, pelo menos, a constituinte, a criminalização da homofobia. Ao mesmo tempo que se destacará o caráter social e democrático dessa iniciativa deste movimento social, buscar-se-á identificar os limites do controle de constitucionalidade por omissão, especificamente, as fronteiras referentes ao mandado de injunção, remédio constitucional que a pouco recebeu a sua legislação regulamentadora e que ainda está em processo de amadurecimento dos seus efeitos concretistas, momento que exige cautela dos juristas ao manejá-lo, a fim de não prejudicar a sua credibilidade e avanços que, com muita luta, vem se construindo desde os debates constituintes de 1988.

#### **4. MANDADO DE INJUNÇÃO E MOBILIZAÇÃO DO DIREITO: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL**

No capítulo final desta pesquisa, a pretensão é ir além duma análise sociojurídica da decisão que reconheceu a criminalização dos atos discriminatório contra a identidade de gênero e orientação sexual e determinou a aplicação da Lei Antirracismo a estes crimes. A intenção é ressaltar a atual capacidade do controle de constitucionalidade por omissão, especificamente, por meio do mandado de injunção, de dar voz a grupos vulneráveis que encontram barreiras, quase que intransponíveis, nos canais tradicionais de participação política.

Entretanto, a análise crítica dessa decisão não deixa de ser necessária para os fins desse trabalho, pois trata-se de um caso que abriu grandes janelas de oportunidade para debates técnicos jurídicos capazes de contribuir positivamente para o amadurecimento do controle de constitucionalidade por omissão brasileiro, em especial, mediante o mandado de injunção.

#### 4.1. RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS DA TESE FIRMADA

Em 10 de maio de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, entidade de abrangência nacional que tem como objetivo a defesa e promoção dos direitos fundamentais do segmento LGBTQIA+, apresentou o MI nº 4.733 com a pretensão de criminalizar os atos discriminatórios motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, em especial, aqueles de cunho violento, como homicídios e agressões físicas que retratam a violência de extermínio que essa parcela da população sofre.

Sobre o mesmo tema, em 19 de dezembro de 2013, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) foi proposta pelo Partido Popular Socialista em face do art. 5º, XLI e XLII, da CF/88, diante da superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos naqueles incisos do referido artigo (BRASIL, 2019a, p. 2).

A situação de violência existente contra a população LGBTQIA+ no Brasil é crítica, segundo o Relatório de Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, a Comissão interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país onde mais ocorreram relatos de violência contra a população LGBTQIA+. Os atos de agressão estendem-se até aos simpatizantes da causa LGBTQIA+. Segundo a ONG *Transgender Europe*, em 2018, o Brasil é considerado o país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo. Além dos números alarmantes, muitos casos chocaram pela brutalidade (BRASIL, 2019, p. 23-25; 62).

Curiosamente, em que pese essa realidade preocupante que escancara um enredo de intolerância e discriminação contra uma parcela da sociedade, o Brasil participa de tratados internacionais que advogam a favor da criminalização dos atos discriminatórios homofóbicos e transfóbicos, bem como possui orientação constitucional de combate a qualquer ato discriminatório e a criminalização expressa de algumas dessas condutas opressoras, como o racismo (BRASIL, 2019, p. 37).

Acerca dos debates parlamentares, entre os anos de 1997 e 2014, exemplificativamente, foi apresentada uma lista com dezessete projetos de lei propostos sobre esse tema (criminalização da homofobia), porém a maior parte deles foi arquivada, declarada prejudicada ou apensada a outros projetos. Nesse enredo, tem-se que passados mais de 20 anos de discussão sobre o tema no Congresso Nacional, nenhuma lei de combate à homofobia chegou a ser aprovada (BRASIL, 2019, p. 63).

No MI nº 4.733 e na ADO nº 26, existiram muitos pedidos de participação como *amicus*

*curiae*, participando tanto instituições favoráveis, como contrárias à procedência do mandado de injunção. *Contrários ao acolhimento participaram*: (I) a Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida; (II) a Convenção Brasileira de Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM); e, (III) a Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE). *Favoráveis ao acolhimento do pleito inicial, manifestaram-se*: (IV) o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; (V) o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificados – PSTU; (VI) o Conselho Federal de Psicologia, Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; (VII) a Defensoria Pública do Distrito Federal; (VIII) o Grupo Gay da Bahia (GGB); (IX) a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transsexuais (ABGLT); (X) o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual (GADVS); e (XI) o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) (BRASIL, 59-60).

A essência do debate do MI nº 4.733, na perspectiva deste trabalho, é além da existência ou não do comando constitucional específico que determina a criminalização da homofobia e do debate acerca dos limites da *teoria da mutação constitucional*, mas de identificar se é possível, por meio dos efeitos concretistas do mandado de injunção, superar a barreira estrutural do *princípio da legalidade em sentido estrito* que determina a competência privativa do Congresso Nacional sobre matéria penal, ou seja, se é possível o Judiciário avançar sobre competência legislativa estrita, mesmo atuando como um *legislador positivo temporário* autorizado por meio do instrumento do mandado de injunção.

Trata-se de um debate que acontece no limite da fronteira entre o constitucionalismo e o princípio democrático e que deve ser construído com bastante cautela de forma a não contrapor um ao outro, transformando um movimento positivo de mobilização do direito em prol de uma vivência cívica-cidadã, em algo negativo como um ativismo judicial desmedido.

Atente, o tema da criminalização da homofobia é diferente do caso do reconhecimento da união homoafetiva, pois neste, além do incentivo hermenêutico-sistemático da estrutura constitucional, ainda era favorecido pela inexistência de qualquer empecilho técnico, antagonizado por argumentos jurídicos simplistas pautados na interpretação literal da lei que atritavam diretamente com *princípio da legalidade em sentido lato* (V. art. 5º, II, CF/88), tendo em vista que criava um proibitivo inexistente em lei ao se interpretar que os termos “homem” e “mulher” na legislação proibiam a extensão dos direitos garantidos às pessoas heteroafetivas, às pessoas homoafetivas.

No tema da criminalização da homofobia, o quadro técnico jurídico é oposto, os argumentos contrários as intenções da causa LGBTQIA+, agora, são favorecidos pela estrutura constitucional do *princípio da legalidade em sentido estrito* (V. art. 5º, XXXIX, CF/88) que



determina, em linhas gerais, que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, o qual ao ser lido em conjunto com os art. 22, I, CF/88 e art. 48, da CF/88, identifica-se a competência legal absoluta do Congresso Nacional para criminalizar condutas. O enredo é distinto entre essas temáticas e a viabilidade jurídica das suas pretensões também, cabe aos juristas verificar se, a flexibilização dessa garantia constitucional do *princípio da legalidade em sentido estrito* e o *princípio da reserva legal absoluta sobre matéria penal* pode ser tecnicamente ultrapassada pelo instrumental (especialmente o Mandado de Injunção, objeto desse trabalho) e argumentos sociojurídicos utilizados pela militância LGBTQIA+.

No MI nº 4.733, construiu-se argumentos favoráveis e contrários à existência ou não do direito específico à criminalização da homotransfobia. Edson Fachin foi o Relator e apontou como o cerne desse julgamento a identificação se há ou não um mandado específico de criminalização das condutas discriminatórias baseadas na orientação sexual no art. 5º, XLI, da CF/88. Na perspectiva desse Ministro tal mandado de criminalização existe. Edson Fachin fundamenta sua conclusão argumentando que a jurisprudência do STF e das organizações internacionais de direitos humanos apresentam esse mandado de criminalização das manifestações homofóbicas (BRASIL, 2019, p. 29).

Valendo-se de instrumentos jurídicos como *interpretação conforme à Constituição*, *princípio da proporcionalidade na modalidade de proibição de proteção insuficiente*, *cláusula de abertura* (V. art. 5º, §2º, CF/88) e *a punibilidade à condutas discriminatórias* (V. art. 5º, XLI, CF/88), alega o Ministro ser possível criar tipos penais que visem a proteção dos direitos fundamentais. Assim, à luz dos tratados internacionais que o Brasil participa, pode-se apresentar o mandado específico de criminalização de todo ato discriminatório que atente contra liberdades fundamentais, incluindo, por evidente, os motivados pela intolerância de orientação sexual e de identidade de gênero, que podem ser satisfeitos pelo Judiciário na medida em que visem a proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 2019, p. 30-33; 37).

Nesse sentido, o Edson Fachin destacou a ADI nº 4.424, HC nº 104.410 e o HC 82.424, dando destaque a este último (HC 82.424 – caso Ellwanger), no qual Supremo Tribunal Federal teria ampliado o conceito jurídico de racismo, transformando-o em um termo geral de combate a qualquer ato discriminatório que atente contra liberdades fundamentais, independentemente da sua motivação (BRASIL, 2019, p. 30-34).

Ademais, Luís Roberto Barroso expôs sobre a necessidade de primar pela igualdade de punibilidade entre os tipos de discriminação, medida necessária para manter a coerência do sistema jurídico, bem como o enquadramento das condutas homotransfóbicas como espécie do gênero racismo, cuja amplitude foi determinada no caso Ellwanger, sendo ampliado esse

conceito por meio de *mutação constitucional* (BRASIL, 2019, p. 72-74; 78).

Luiz Fux explicou bem o argumento de que a aplicação dos tipos penais previstos na Lei nº 7.716 aos casos de homofobia e transfobia não agride o princípio da legalidade em sentido estrito (Art. 5º, XXXIX, CF), pois trata-se de mera explicitação do alcance e do conteúdo da legislação existente, por meio da *interpretação conforme a Constituição* (BRASIL, 2019, p. 168). Em seu acórdão, o Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26 (BRASIL, 2019a, p. 12), sobre a tese firmada sobre o conceito jurídico de racismo, explicou:

[...] 3. **O conceito de racismo**, compreendido em sua dimensão social, **projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos**, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, **vencido** o Ministro Marco Aurélio, **que não subscreveu** as teses propostas (grifo do original).

Contraopondo-se a esses argumentos vieram os votos vencidos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Estes levantaram o argumento de que o mandado de injunção é incabível, pois não há um direito subjetivo constitucional concreto prejudicado por omissão inconstitucional, ou seja, em que pese haver uma determinação de punibilidade de toda conduta discriminatória, não há um direito subjetivo constitucional específico que determine a criminalização das condutas homotransfóbicas e que gere o dever de punir e de legislar do Congresso Nacional (BRASIL, 2019, p. 221).

Ricardo Lewandowski explica que apenas o Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal, pois trata-se de matéria penal sujeita à *reserva legal absoluta*, nos termos do princípio da legalidade em sentido estrito (V. art. 5º, XXXIX, CF/88), sendo rechaçada a possibilidade de criminalização de condutas até por meio de tratado internacionais (BRASIL, 2019, p. 233, 235).

A garantia fundamental da anterioridade da lei penal estrita é uma garantia dos jurisdicionados. Do princípio da legalidade deriva, ainda, a proibição do emprego de analogia de criar, fundamentar ou agravar penas, logo, percebe-se que os pressupostos justificadores da criminalização estão vinculados diretamente aos limites do texto. Ademais, a Constituição atribui ao Congresso Nacional, com exclusividade, a competência para definir crimes e agravar pena (art. 22, I e 48, da CF), modificar em qualquer sentido os delitos por meio da interpretação judicial, fragilizaria a delimitação do alcance do tipo penal, bem como afronta a separação dos

poderes. (BRASIL, 2019, p. 115; 275-276).

Marco Aurélio complementa explicando que o reconhecimento da *taxatividade dos preceitos* rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo de racismo, sendo, portanto, inviável o enquadramento da homofobia e da transfobia na perspectiva ontológica-constitucional de racismo. Além do mais, pontua que não se pode confundir o sentido jurídico do vocábulo *punirá* (*gênero*) com *criminalizará* (*espécie*) no art. 5º, XLI, CF. Logo, havendo outras possibilidades de satisfazer o comando constitucional que não pela tipificação penal, ausente está a imposição de criminalizar especificamente os atos homofóbicos e transfóbicos (BRASIL, 2019, p. 276; 278). Diante desses argumentos o MI nº 4.733 foi apreciado.

A decisão final do MI nº 4.733 foi no sentido de julgar procedente esta ação constitucional para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo) a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do Relator, Edson Fachin (BRASIL, 2019, p. 282).

Foi uma decisão notoriamente sensível à realidade crítica que a parcela LGBTQIA+ da sociedade vem suportando. Os dados apresentados em todos os votos comprovam a realidade de violência que a população LGBTQIA+ sofre no Brasil.

## **4.2. CRÍTICA A TESE FIRMADA: MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL E (I)LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO?**

Após uma análise mais descritiva do julgado em análise, cabe agora debruçar-se sobre este duma forma mais crítica, expondo uma análise da decisão final sobre o referencial teórico da teoria geral dos tratados internacionais, da principiologia penal, como também da teoria da mutação constitucional de Konrad Hesse, valendo-se do arcabouço da metódica estruturante de Friedrich Müller, tendo em vista que criminalização da homofobia e transfobia por meio do MI nº 4.733 apenas foi viável, em essência, ao se modificar informalmente o sentido do termo racismo, previsto no art. 5º, XLII, CF/88 que serviu de ponte para ultrapassar a barreira do princípio da legalidade em sentido estrito e da reserva legal absoluta em matéria penal.

### **4.2.1. TRATADOS INTERNACIONAIS, MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

A possibilidade de criminalização de condutas por meio de tratados internacionais no Brasil não é questão tranquila, mesmo após a vigência da Emenda Constitucional nº 45.

Contudo, antes de adentrar especificamente sobre essa questão, é necessário, a título de compreensão prévia necessária, estudar os impactos, fundamentos da incorporação e hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A relação entre direito interno e o direito internacional é apresentada por meio de dois grandes modelos, o dualista e o monista. Sobre o modelo dualista, este foi concebido por Heinrich Triepel e parte da premissa de que *as normas de direito interno e de direito internacional decorrem de fontes jurídicas distintas*. Segundo Triepel, no direito interno, a fonte jurídica é a vontade do próprio Estado, enquanto, no direito internacional, a fonte é a vontade comum, nascida da união das vontades dos Estados (MONTEIRO, 2011, p. 23-25).

*A consequência da adoção do modelo dualista são as de que:* (I) direito internacional e direito interno têm objetivos distintos, regulando relações sociais distintas, enquanto o direito internacional obriga o governo na ordem externa, o direito interno regula as relações do governo com a população (MONTEIRO, 2011, p. 26-27).

(II) Um ato normativo de direito internacional não pode ser aplicado no direito interno, da mesma maneira que uma norma de direito interno não pode ser utilizada no direito internacional. (III) Logo, não há a possibilidade de haver conflito entre as normas de direito interno com as de direito internacional. Contudo, (IV) há a possibilidade do Estado ser responsabilizado na esfera internacional, no caso de o direito interno dispor de maneira contrária ao direito internacional assumido pelo Estado (MONTEIRO, 2011, p. 26).

Em razão do exposto, tem-se que o direito internacional não pode ser aplicado diretamente pelos operadores do direito interno e vice-versa. Assim, na perspectiva do modelo dualista, para cumprir os compromissos assumidos internacionalmente, o Estado deve elaborar um ato normativo interno próprio que reproduza o conteúdo do direito internacional a ser cumprido (MONTEIRO, 2011, p. 29-30).

Nesse enredo, Triepel e Anzilotti distinguem *direito interno internacionalmente relevante* e *direito interno internacionalmente irrelevante* na medida em que o ato normativo do direito interno se reporta ou não ao direito internacional assumido pelo Estado. A necessidade do direito interno reproduzir o conteúdo do direito internacional para que tenha validade é o que se denomina de *transformação*, que se distingue da *recepção* ou da *incorporação*. Em síntese, para o modelo dualista, o direito interno e direito internacional são ordens jurídicas díspares e independentes, pois têm fontes jurídicas distintas (MONTEIRO, 2011, p. 30-32).

Por sua vez, o modelo monista parte do pressuposto da unicidade do ordenamento jurídico e, nesse contexto, o direito interno e o direito internacional seriam dois ramos desta única ordem jurídica. Nessa perspectiva, a relação entre esses ramos do Direito poderia se dar pelas seguintes

alternativas: (I) o direito internacional subordinado ao direito interno, *monismo com primazia do direito interno*; ou, (II) o direito interno subordinado ao direito internacional, *monismo com primazia do direito internacional* (GUERRA, 2009, p. 48).

Segundo o *monismo com primazia do direito interno*, a norma jurídica interna encontra-se no topo do ordenamento jurídico. Essa teoria estabelece que o Estado possui uma soberania absoluta, não se sujeitando a uma norma jurídica que não partiu de sua vontade. Essa perspectiva nega a existência do Direito Internacional como um ramo autônomo e independente. Essa tese foi completamente abandonada diante da sua inaplicabilidade no contexto de globalização atual (GUERRA, 2009, p. 48).

O *monismo com primazia do direito internacional* surgiu com Kelsen e Verdross. Essa tese advoga que ocorrendo o conflito entre uma norma internacional e uma interna, a primeira deve prevalecer, pois o direito internacional é superior ao direito interno no escalonamento do sistema jurídico (GUERRA, 2009, p. 49). Flávia Piovesan (2018, p. 173) resume bem a relação entre direito interno e direito internacional sob a ótica monista e dualista ao escrever:

Por sua vez, a construção monista difere conforme, em caso de conflito entre as ordens interna e internacional, der prevalência à norma interna ou à norma internacional: na primeira hipótese, temos o monismo com o primado do Direito interno; na segunda, o monismo com o primado do Direito internacional (...) Para os dualistas a norma interna vale independentemente da regra internacional, podendo, quando muito, levar à responsabilidade do Estado; mas a norma internacional só vale quando for recebida, isto é, transformada em lei interna. A simples ratificação não opera essa transformação.

Em que pese o debate entre monismo e dualismo acerca da hipótese de conflito entre o direito internacional e o direito nacional, a doutrina vem construindo uma terceira tese que se situa no plano dos direitos fundamentais, trata-se do critério da *primazia da norma mais favorável às supostas vítimas*, pelo qual prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito (PIOVESAN, 2018, p. 186-187).

Antônio Augusto Cançado Trindade (1999, p. 30) sobre o critério da *primazia da norma mais favorável às supostas vítimas*, ensina que, na solução de casos concretos, *a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna*. Raciocínio que busca maximizar a proteção dos direitos humanos.

Além da possibilidade de conflito, as normas internacionais e nacionais podem: coincidir e complementar-se. Quando coincidem, isso reflete a preocupação do legislador em equacionar o Direito interno com as obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro. Quando se complementam, resultam no alargamento do universo de direitos humanos constitucionalmente assegurados, sendo possível inclusive o preenchimento de lacunas que

possam vir a existir no Direito brasileiro (PIOVESAN, 2018, p. 179-180; 182-183).

Acerca da incorporação dos tratados internacionais, trata-se de uma temática complexa na ordem jurídica brasileira. Nesse enredo, destaca-se as orientações dos artigos 49, I e 84, VIII da Constituição Federal, os quais retratam a necessidade de colaborações entre Executivo e Legislativo na conclusão dos tratados internacionais que apenas se aperfeiçoarão quando houver a comunhão das vontades do Presidente da República e do Congresso Nacional (PIOVESAN, 2018, p. 126).

Em linhas gerais, a formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado pelo Presidente da República que o celebra e o direciona devidamente assinado para apreciação e aprovação, por meio de decreto legislativo, pelo Congresso Nacional. Após o referendo do tratado pelo Congresso Nacional, ele é direcionado para ratificação pelo Presidente da República. Após a ratificação, o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional e interno (PIOVESAN, 2018, p. 125-127).

Contudo, quanto aos tratados internacionais de direitos humanos, há algumas peculiaridades e divergências doutrinárias. Os tratados internacionais de direitos humanos classificam-se sempre como direito constitucional *material* e por isso recebem tratamento jurídico diferenciado (BRANT; FRANCO, 2009, p. 335). O *princípio da não tipicidade constitucional* previsto no art. 5º, §2º da CF/88 embasa esse tratamento diferenciado entre tratados tradicionais e aqueles que versam sobre direitos humanos (BULOS, 2018, p. 733).

Devido ao seu conteúdo *materialmente* constitucional, por força do art. 5º, §1º da CF/88, os tratados internacionais de direitos humanos aplicam-se imediatamente, integrando-se, portanto, ao ordenamento jurídico brasileiro independentemente da intermediação de um ato normativo, por isso argumenta-se que, em relação aos tratados de direitos humanos o sistema adotado é o monista, enquanto o aplicado aos demais tratados é o dualista, pois depende de um ato legislativo interno para que possa ser obrigatório na ordem interna. Assim, conclui-se que o Direito brasileiro fez a opção por um sistema *misto* acerca da incorporação dos tratados internacionais (PIOVESAN, 2018, p. 173).

Na verdade, anteriormente, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88, garantia-se tanto a natureza constitucional, como a aplicação imediata dos tratados de direitos humanos. Ocorre que com o advento do art. 5º, §3º da CF/88, gerou-se a dúvida sobre qual natureza jurídica atribuir aos tratados de direitos humanos anteriores, trazendo a dúvida se iriam ou não compor o bloco de constitucionalidade brasileiro (CARVALHO, 2016, p. 168-169).

Argumenta-se que, em que pese o *status materialmente* constitucional dos tratados de direitos humanos, estes apenas adquirem natureza constitucional *formal* quando observado o

procedimento do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, ponto determinante para identificar se será cabível, em caso de conflito com normas infraconstitucionais, o sistema de controle de constitucionalidade ou as técnicas comuns de solução de conflito normativo (especialidade, hierárquico ou cronológico) (BRANT; FRANCO, 2009, p. 335).

Chegou-se a argumentar que, com a mudança legislativa constitucional para reconhecer o *status* formal constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, a incorporação e aplicação destes ao ordenamento interno não seria mais automática, dependendo do procedimento ordinário do art. 49, I da CF/88 que passaria a ser obrigatório para a vigência e eficácia interna de todo e qualquer tratado internacional (BRANT; FRANCO, 2009, p. 335-336).

Sobre essa discussão o STF, no Recurso Extraordinário nº 349.703, restringiu o bloco de constitucionalidade brasileiro, em relação aos tratados que não foram aprovados nos moldes do art. 5º, §3º da CF/88, determinando que, aqueles tratados de direitos humanos anteriores à EC nº 45/04 são supralegais, ou seja, superiores à legislação comum, mas inferiores à Constituição, apesar do disposto no art. 5º, §2º e art. 4º, II da CF/88 (CARVALHO, 2016, p. 61, 171).

Apesar da *corrente do status supralegal* ter prevalecido, outras correntes acerca dos *status* dos tratados dos direitos humanos surgiram, ao todo são elas: (I) *corrente do status supraconstitucional*; (II) *corrente do status supralegal*; (III) *corrente do status de lei ordinária* e (IV) *corrente do status constitucional* (BULOS, 2018, p. 733-734).

A *corrente do status supraconstitucional* defende que os tratados de direitos humanos apresentam hierarquia superior à Constituição, em virtude da superioridade da ordem externa sobre a interna. Entendimento que vigeu nos anos de 1940 e de 1950, sendo superado em 1977 quando passou-se a equiparar tratados às leis ordinárias (BULOS, 2018, p. 733).

A *corrente do status de lei ordinária* partilha da perspectiva de que os tratados de direitos humanos têm a mesma hierarquia que as leis ordinárias federais, revogando aquelas leis federais que atitassem com os tratados de direitos humanos recém incorporados, sob fundamento do princípio da *lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível*, esse foi o entendimento majoritário de 1977 até 2008, quando passou-se a preferir pelo caráter supralegal dos tratados de direitos humanos. A *corrente do status supralegal* argumenta em favor de uma posição intermediária dos tratados de direitos humanos entre as leis internas e a Constituição. (BULOS, 2018, p. 734-735).

A *corrente de status constitucional* advoga em favor da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, devido ao seu caráter materialmente constitucional, sendo, por isso, incorporados ao bloco de constitucionalidade. A hierarquia superior às leis ordinárias que

os tratados de direitos humanos gozam e a sua aplicabilidade imediata advém do art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88 (BULOS, 2018, p. 735).

Em suma, atualmente, o entendimento que prevalece, no STF, é o da tese defendida por Gilmar Mendes a de que os tratados internacionais de direitos humanos têm caráter supralegal, abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, isso se não satisfizerem o procedimento de incorporação previsto no art. 5º, §3º da CF/88 (BULOS, 2018, p. 735). Enquanto os tratados comuns possuem *status* de lei ordinária (MAZZUOLI, 2008, p. 332).

Nesse enredo, apenas o Tratado de Marraqueche e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo gozariam de hierarquia constitucional, pois apenas estas teriam sido submetidas ao rito do art. 5º, §3º da Constituição (PLANALTO, *online*).

Contudo, essa pesquisa filia-se à *corrente de status constitucional*, segundo a qual os tratados de direitos humanos já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no §2º do art. 5º da Constituição, pois, ao ser interpretado a contrário sensu, quando a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui, ampliando o seu bloco de constitucionalidade. O *quórum* estabelecido no art. 5º, §3º da CF/88 serve tão somente para atribuir caráter formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que já possuem *status* constitucional devido ao seu conteúdo (MAZZUOLI, 2008, p. 764).

Contudo, independentemente, da hierarquia que se considere para o tratado internacional de direitos humanos, o que é incontroverso seria a sua aplicabilidade imediata é suficientemente capaz de vincular a legislação infraconstitucional. Nesses termos, pode-se concluir que aqueles que determinam a criminalização de determinadas condutas em prol da proteção dos direitos humanos inauguram um mandado de criminalização capaz de impor tanto limites ao legislador ordinário, como também a obrigação de criminalizar as condutas ofensivas aos direitos humanos garantidos (JACEGUARA, 2011, p. 100).

Há uma indisfarçável preocupação com a banalização dos mandados de criminalização e a atividade produtiva de ilícitos penais na ordem normativa, seja no viés negativo (proibição de excessos punitivos), seja no positivo (imposição ou indicação de legislar sobre direito penal) não pode consubstanciar um “cheque em branco” para o legislador criminalizar e descriminalizar as condutas. Nesse sentido, destaca-se a *teoria do bem jurídico* que procura formular critérios capazes de se impor ao legislador ordinário, conformando-o a certos limites no momento de criar ilícitos penais (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 178-179).

Na verdade, em decorrência dos *princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade,*



*e de ultima ratio do direito penal*, é dogmaticamente inviável a prevalência de um aspecto mandamental penal proativo diante dessa principiologia que preza pela intervenção mínima e bloqueadora da expansão criminalizante. O Direito penal não pode ser utilizado como primeira opção para o controle social. A tipificação penal deve vir a lume apenas quando socialmente necessária para a viabilidade da coexistência social (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 179-180).

Nesses termos, para que um bem jurídico mereça a proteção jurídico-penal, ele deve ter adstrição direta, ou pelo menos indireta, a direitos e garantias fundamentais, sobretudo, no plano de proteção internacional dos direitos humanos. O direito penal deve proteger bens jurídicos concretos e não convicções políticas, morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas de mundo ou simples sentimentos (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 181).

Em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa que surge em primeiro plano por força de uma regra ético-jurídica de tal maneira que não pode vir a ser instrumentalizada em prol de qualquer fim. A liberdade, a dignidade da pessoa humana e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado, constituem valores fundamentais do ordenamento constitucional brasileiro (PRADO, 1996, p. 56-57; 59).

Nesse contexto, a noção de bem jurídico é construída dentro dos parâmetros constitucionais capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário que encontra no Texto Maior as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas que já na realidade social se mostra como um valor. Eventual restrição de um bem só pode acontecer em função da garantia de outro valor também de cunho constitucional ou inerente à doutrina democrática (PRADO, 1996, p. 65; 67-68).

Assim, o conceito de bem jurídico constrói uma doutrina daquilo que é lícito considerar digno de proteção na perspectiva dos fins do Direito Penal. Esse processo de criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico, de tal forma que a idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social. A conformação social para criminalizar uma conduta é requisito necessário para considerar determinada postura como delituosa (PRADO, 1996, p. 70-71).

Nesse enredo, segundo Luiz Regis Prado (1996, p. 74), o desafio é manter constantemente atualizado os bens jurídicos protegidos penalmente em harmonia com os conceitos valorativos da comunidade jurídica e determinar os limites constitucionais da discricionariedade para a legislação penal, a fim de eliminar a reprovação de manipulação jurídica do delito. O ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal é a Constituição.

Assim, pode-se concluir que além do bloco de constitucionalidade, o ordenamento

jurídico como um todo, impõe deveres ao legislador ordinário de criminalizar condutas ofensivas à bens jurídicos fundamentais para a coexistência social. Ao lado dos tradicionais princípios constitucionais limitadores do direito de punir, há os princípios constitucionais legitimadores e incentivadores do direito de punir, merecendo destaque o *princípio da proteção penal eficiente dos direitos fundamentais* ou *princípio da proporcionalidade em sua versão vedação da proteção deficiente* (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 194-195).

A perspectiva clássica do princípio da legalidade e da reserva de lei, embora fundamental para a concreção de um autêntico regime democrático, é insuficiente para, por si só, garantir plenamente as liberdades e garantias dos jurisdicionados. A prática comissiva e omissiva estatal em dissonância do respeito aos direitos fundamentais, trouxe as claras a necessidade de uma construção dogmática apta a condicionar a atuação estatal em prol do núcleo material essencial da ordem constitucional (DIAS JÚNIOR LIMA, 2020, p. 187).

Nesse enredo, destaca-se o *princípio da proporcionalidade na sua vertente de proteção insuficiente*. Originalmente pensada para controlar os atos, decisões e condutas estatais que configurem excesso de poder (*proibição de excesso*), verificou-se que essa abordagem se tornou insuficiente para o pleno exercício da liberdade. Não se trata mais de ter liberdade em relação ao Estado, mas sim através do Estado. Assim, passou a ser necessária uma atuação estatal orientada à implementação dos direitos fundamentais garantidos na Constituição. Nesse enredo, passou-se a defender a *proibição da proteção insuficiente ou deficiente* (GROTERHORST, 2015, p. 61-62).

A *proibição de proteção insuficiente* permite o controle da constitucionalidade dos deveres de proteção, se de um lado o Estado não pode restringir excessivamente os direitos fundamentais do autor da agressão (*proibição de excesso*), de outro, ele também não pode se omitir de proteger esses mesmos direitos fundamentais da vítima do agressor (*proibição de insuficiência*). Nesse sentido, a omissão do Estado estaria caracterizada quando não garantir o patamar mínimo de proteção que deve ser prestada, seja de maneira total ou parcial (CANARIS, 2009, p. 108; OLIVEIRA, 2008, p. 116-117). Nesse sentido, Luciano Feldens (2008, p. 91) escreveu:

Isso implica que o controle jurisdicional de constitucionalidade, à base da proibição da proteção deficiente, se viabiliza quando medidas dessa ordem promovam uma retirada racionalmente injustificável da proteção (normativa) que se faz inequivocamente *necessária* ao *adequado* e *eficaz* desenvolvimento e desfrute do direito fundamental. A proibição de proteção deficiente encerra, nesse contexto, uma aptidão operacional que permite ao intérprete determinar se um ato estatal – eventualmente retratado em uma *omissão*, total ou parcial – vulnera um direito fundamental (grifo do original).

Na decisão conhecida como *Aborto II* [BverfGE 88, 203], o Tribunal Constitucional Federal Alemão apresentou o raciocínio segundo o qual o espaço de atuação do legislador estaria estreitado entre dois extremos, um, a *proibição da proteção excessiva*, outro, a *proibição de proteção deficiente*, enquanto aquela atuaria em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, a *proibição de proteção deficiente* agiria em favor do titular de direito prejudicado pela inércia legislativa. Assim, estipulou-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre estas medidas máxima e mínima, atuando para afastar tanto os excessos, quanto os déficits de proteção na busca de uma proteção eficiente dos direitos fundamentais (FELDENS, 2008, p. 91; 93; 95).

A noção de *proibição de insuficiência* e de grau mínimo de proteção traz novos desafios para a dogmática de proteção, como a sua falta de metodologia. Nesse sentido, como o controle de *proibição de excesso* é feito por meio da aplicação da regra da proporcionalidade, há a tentativa de “adaptar” o seu uso ao controle da *proibição de insuficiência*. A intenção é identificar quando a proteção mínima devida a um bem jurídico fundamental é violada (OLIVEIRA, 2008, p. 120-121).

Contudo, a aplicação da proporcionalidade ao controle de *proibição de insuficiência* não é tranquila, havendo posicionamentos favoráveis e contrários. Atente-se, a priori, a regra da proporcionalidade foi estruturada (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para verificar apenas a constitucionalidade da restrição aos direitos daqueles atingidos pela intervenção estatal, mesmo que a intenção ao final seja garantir a efetividade dos direitos fundamentais, no momento de realizar a pretendida “adaptação” da proporcionalidade para os casos de *proibição de insuficiência*, tal realidade deve ser levada em consideração (OLIVEIRA, 2008, p. 122). No mesmo sentido, Claus-Wilhelm Canaris (2009, p. 67) ensina que:

Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui consideração de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação.

Levando em consideração essa incompatibilidade, Laura Clérico tentou contribuir para a pretendida adaptação, propondo que o princípio da proporcionalidade seja complementado por meio da *proibição de insuficiência*, sendo esta necessária quando a colisão entre princípios é produzida pela insuficiência da promoção ou proteção de um direito fundamental. Clérico baseia-se em três premissas: (I) o objeto da *proibição de insuficiência* é uma omissão estatal, que pode ser absoluta ou parcial; (II) a *proibição de insuficiência* serve para a análise de três

pontos: (a) verificar a justificativa para a omissão estatal; (b) verificar se a atuação estatal é deficitária/insuficiente; e, (c) vedar a proibição do retrocesso arbitrário (GROTERHORST, 2015, p. 70; OLIVEIRA, 2008, p. 122-123).

A respeito da (III) terceira premissa, a autora recomenda que as máximas da adequação e da necessidade sejam modificadas para se adequar às particularidades da *proibição de insuficiência* e que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ao invés de ter uma natureza restritiva do sopesamento, assumira uma postura progressiva, tendo em vista a falta de previsão normativa (OLIVEIRA, 2008, p. 123).

Apesar das dificuldades metodológicas, o *princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição da proteção deficiente* aos direitos fundamentais é um importante vetor para diagnosticar um cenário de omissão, mora ou insuficiência do poder público em garantir a proteção, em parâmetros mínimos, dos direitos e garantias fundamentais constitucionais (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 192).

Entretanto, sob o argumento do *princípio da proporcionalidade na noção de proibição insuficiente*, não se pode derrubar importantes conquistas penais e processuais penais, por isso esse princípio encontra barreiras sistemáticas de igual envergadura nos princípios da legalidade, da reserva legal, da intervenção mínima, por exemplo. Não se pode, a pretexto de se suprir eventual deficiência estatal, invocar a analogia *in malam partem* ou a retroatividade de lei prejudicial ao réu por exemplo (NUCCI, 2015, p. 287). O desafio é equilibrar a *proibição da proteção deficiente* com o irrenunciável caráter fragmentário e de intervenção mínima do direito penal (DIAS JÚNIOR; LIMA, 2020, p. 194). Nesses termos, Luciano Feldens (2008, p. 53) explica:

Diante desse panorama global, podemos concluir que a idéia de uma reserva constitucional de Direito Penal encerra uma relação de complementaridade entre as funções *limitadora* (tradicionalmente colocadas em primeiro plano) e *fundante* do Direito Penal. É sob esta indispensável dialética, entre limitação e fundamento dos institutos ou poderes jurídico-penais, que gravita a temática da Constituição Penal. De um lado, um limite garantista intransponível (intervenção mínima); de outro, um conteúdo mínimo irrenunciável de coerção (intervenção necessária). Esse balanço há de ser o fio condutor da atividade estatal (legislativa e jurisdicional) em matéria penal.

Nesse sentido, parece acertado concluir que os mandados de criminalização determinados em tratados internacionais de direitos humanos vinculam o legislador penal à obrigação de legislar em face dos bens jurídicos positivados. Contudo, esses mandados de criminalização não têm o condão de definir a conduta incriminada, nem de dizer sobre o conteúdo da sanção, sendo capazes apenas de guiar/orientar a definição da conduta que se pretende criminalizar (JACEGUARA, 2011, p. 101).

Isso se dá por conta da barreira sistêmica instalada na ordem constitucional de 1988 pelo *princípio da legalidade*, o qual pode ser apresentado em dois sentidos *lato* e *estrito*, naquele significa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88), enquanto *em sentido estrito* quer dizer que não há crime sem lei que o defina, nem tampouco pena sem lei que a comine, neste último enfoque também é conhecido como *princípio da reserva legal* (art. 5º, XXXIX, CF/88) (NUCCI, 2021, p. 83).

No Brasil, dentre esses desdobramentos e perspectivas, merece ênfase a perspectiva do *princípio da reserva legal*, pelo qual vale dizer que somente se pode considerar crime determinada conduta caso exista previsão em lei em sentido estrito, ou seja, em norma emanada do Poder Legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional, como regra (NUCCI, 2015, p. 89).

A fonte material criadora do Direito Penal e do Processo Penal é da União, por meio do Congresso Nacional (V. art. 22, I, CF/88). Trata-se de competência privativa. A exceção está prevista no parágrafo único do referido artigo, o qual autoriza os Estados-membros a legislarem sobre matéria penal, nos termos de lei complementar regulamentadora. Ocorre que, devido a falta desta lei regulamentadora, tal exceção está sem efeito prático. (NUCCI, 2015, p. 93-94).

O fenômeno tributário (legalidade tributária) e a função de definir o crime e de estabelecer penas (legalidade penal) obedecem ao *princípio da reserva de lei*. Assim o são, pois constituem garantias constitucionais ao contribuinte e a qualquer cidadão de forma a limitar o poder estatal em tributar e criminalizar condutas, isso nos termos dos arts. 5º, XXXIX e 150, I e III da CF/88 (SILVA, 2013, p. 430-431).

Diante dessa barreira estrutural, a qual determina expressamente que matéria penal é reserva de lei, não se pode acolher qualquer outra fonte normativa para tanto, pois seria inconstitucional. Por mais grave que possa ser determinada conduta, é fundamental para que haja punição na órbita penal a expressa previsão em algum tipo penal incriminador. Ausente a descrição, inexistente crime. Trata-se de um conceito de *legalidade formal* (NUCCI, 2015, p. 89; 91).

Há aqueles que argumentam em favor de conceito de *legalidade material*, ligada ao conceito material de crime, entendendo como delito qualquer conduta lesiva a interesse juridicamente protegido. Argumento semelhante ao levantado pelo Ministro Edson Fachin no seu voto no MI nº 4.733 ao defender a “identificação” de tipos penais novos na medida em que a conduta afronte direitos fundamentais. Raciocínio inviável na ordem jurídica brasileira diante do caráter garantidor do sistema penal nacional (NUCCI, 2015, p. 91).

Contudo, esse raciocínio encontra algum espaço, pois, em que pese o ordenamento

jurídico brasileiro filiar-se ao conceito de legalidade formal, derivados da aplicação prática, surgiram mecanismos que atentam contra o princípio da legalidade, trata-se das *fórmulas de criação dos tipos incriminadores e de integração e interpretação dos tipos já vigentes* (NUCCI, 2015, p. 92).

No momento de criar o tipo penal, o legislador pode optar por desenvolver uma descrição fechada ou aberta do tipo penal. *Fechada* seria quando não abre margem para a valoração subjetiva do intérprete, enquanto *aberta* deixa o tipo penal passível de verificação subjetiva do intérprete, variáveis na medida da valoração cultural ou jurídica (TOLEDO, 2000, p. 136). João Guilherme Silva Marcondes de Oliveira (2010, p. 148), bem resume os conceitos de tipo penal aberto e fechado ao escrever que:

Os *tipos fechados*, portanto, são aqueles nos quais (i) há a *descrição completa da conduta proibida*, (ii) isto em razão de serem compostos puramente por *elementos descritivos*, (iii) de modo que exercem um *efeito indiciário* em relação à ilicitude, (iv) a qual é *comprovada negativamente*; (v) além disso, tais tipos são operacionalizados por meio da *subsunção*, (vi) vez que a individualização do comportamento é realizada a partir dos *elementos do próprio tipo*.

Os *tipos abertos*, de sua sorte, são aqueles nos quais (i) existe uma *descrição incompleta da conduta proibida*, (ii) o que se deve à sua estruturação por *elementos normativos e/ou subjetivo*, (iii) razão pela qual *não mantêm efeito indiciário* perante a ilicitude, (iv) que precisa ser *comprovada positivamente*; (v) ademais, esses tipos demandam a *interpretação* por parte dos operadores, (vi) pois o comportamento somente pode ser individualizado com o encontro de uma *norma geral*, (vii) que se busca através de uma *valoração autônoma*, que extravasa o mero campo dos termos da lei, um verdadeiro *juízo de valor global* (grifos do original).

Por definição os tipos abertos são aqueles nos quais a descrição da conduta está incompleta/indeterminada, necessitando da complementação interpretativa, estrutura que vai de encontro à lógica clássica do princípio da legalidade que abriga o mandato da certeza. Os tipos abertos abrem margem para o alvitre judicial, pondo em xeque a integridade do princípio da legalidade. A figura típica torna-se um molde elástico, inapto para a definição precisa do fato punível, por isso a tipicidade aberta deve ser a exceção e utilizada de maneira que afronte da maneira mais branda possível o princípio da legalidade (OLIVEIRA, 2010, p. 149-150).

Ocorre que, em que pese a instabilidade que os tipos subjetivos possam vir a expressar, a abolição destes, de uma forma a transformar todos os tipos penais em fechado, atualmente, é um cenário utópico. A complexidade das relações sociais exige uma maleabilidade mínima do tipo incriminador, sob pena de prejudicar a eficiência do Direito Penal. Contudo, a necessidade de tal maleabilidade não justifica o uso abusivo de tipos penais abertos de tal forma a gerar insegurança quanto a sua aplicação no caso concreto (NUCCI, 2015, p. 92).

A depender da indeterminação do tipo penal, a norma que o estipula pode vir a ser considerada inconstitucional, pois o ordenamento penal brasileiro é um sistema de tipos legais

e, mesmo que o sistema puro seja um ideal, não há dúvida de que o legislador está obrigado a extremar os cuidados para avizinhar-se o máximo desse ideal (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2019, p. 400).

Há ainda aqueles que defendem que a dicotomia entre tipos fechados e abertos não faz mais sentido, de tal forma que os tipos fechados não existiriam realmente, pois todo tipo apresenta uma textura aberta suscetível à contribuição do intérprete como toda e qualquer norma, pois todo e qualquer texto de lei demanda interpretação e que, em que peses os esforços do legislador, não é possível impedir a construção de sentidos divergentes, por isso a pretendida *descrição completa* dos tipos fechados não encontra correspondência real (OLIVEIRA, 2010, p. 221-222). Desenvolvendo essa linha de raciocínio, João Guilherme Marcondes de Oliveira (2010, p. 222-223), escreveu que:

A desconfiança que temos perante essas asserções acontece porque geralmente o processo de comunicação consegue êxito. Na maioria das vezes, quando interagimos uns com os outros, temos sucesso em nos compreender. Igualmente, no campo jurídico, é comum haver segurança na aplicação da lei, na subsunção dos fatos; em outras palavras, os juízes costumam identificar facilmente qual a norma aplicável, decidindo os casos sem grandes problemas.

Entretanto, é preciso saber que isso não é algo imposto com os enunciados legais, mas é um produto cultural, que acontece no desenrolar do processo comunicativo. Ou seja, não é exatamente em razão da redação legal que o magistrado é capaz de aplicar a lei com facilidade, mas sim porque a cultura lhe fornece os subsídios necessários para tanto. A decodificação do texto e a montagem da relação com o fato concreto está apoiada em incontáveis fatores culturais, os quais dão a base para a compreensão do que deve ser feito. Não é, por exemplo, em virtude de uma qualidade intrínseca da expressão “*matar alguém*” que o juiz aplica a pena de homicídio a um agente, mas sim porque sabe que aquele enunciado abrange, dentre outros, o significado do fato ajuizado.

Ocorre que nem sempre a comunicação se processa em situações de significados comuns ou consensuais. Há situações em que é possível se indagar a pertinência da relação entre um enunciado verbal e um fato concreto. Não é simples resolver, por exemplo, a questão seguinte: a fórmula “*matar alguém*” abrange o médico que desliga os aparelhos de um paciente sem perspectiva de cura? É esta possibilidade, é esta potência latente no signo lingüístico, que lhe torna *aberto*.

Logo, não existe tipo *fechado*.

O que se pretende construir é que a valoração não é exclusividade dos *tipos abertos*, estando também presente nos *tipos fechados*. Desenvolvendo essa premissa, ataca-se também a característica de que os *tipos fechados* são compostos por elementos *descritivos*, em oposição aos *tipos abertos*, formados por elementos *normativos* e *subjetivos*, argumentando que a valoração é inerente a todos esses elementos indistintamente (OLIVEIRA, 2010, p. 223-224).

Não se pretende reduzir a interpretação dos códigos penais a pura interpretação gramatical do texto legal, não se ignora a necessidade de se levar em consideração outras realidades de mundo, porém isto não pode levar a um realismo ingênuo que deixe o Direito reduzido a um conjunto de considerações ou proposições sociológicas. Não se pode reduzir o direito à

sociologia pura (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 152).

Atualmente, o método mais difundido no saber penal é o *dogmático* apresentado por Rudolf von Jhering, o qual consiste numa análise da letra do texto, em sua decomposição analítica em elementos e na reconstrução destes de forma coerente. A intenção deste método é garantir que o intérprete não altere os elementos postos na letra do texto. O princípio básico desse método é que: o intérprete não pode alterar o conteúdo da lei (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 153).

Diante da impossibilidade do texto prever todos os casos possíveis, a única solução consiste em inferir as respostas aos casos particulares a partir de uma série de princípios gerais construídos com base no próprio texto legal. Nesse diapasão, há uma série de princípios penais que orientam a uma interpretação sempre restritiva da punibilidade. De fato, o texto legal possui um limite semântico que pode gerar flexibilizações interpretativas, porém isso não pode ser feito livremente, devendo-se pautar na racionalidade jurídica básica do Direito Penal, como a impossibilidade de analogia *in malam partem* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2019, p. 153-154; 162).

Derivados diretamente do *princípio da legalidade*, segundo Francisco de Assis Toledo (2000, p. 22; 29), há quatro princípios: (I) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* – não é permitido elaborar leis que retroajam, agravando a punibilidade do agente; (II) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* – impossibilidade do uso do direito consuetudinário como fundamentação ou agravante da punibilidade do agente; (III) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* – proibição do uso de analogia como fundamentação ou agravante de punibilidade do agente; e, (IV) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* – vedado a aplicação de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios (TOLEDO, 2000, p. 22; 29).

Os princípios constitucionais ganham relevo especial no momento da interpretação e aplicação das normas penais, servindo de guias para estas, a fim de mantê-las alinhadas com as diretrizes constitucionais e de combater qualquer tipo de comportamento autoritário que prejudique tais diretrizes. As inovações na seara penal não podem macular as garantias constitucionais, dentre elas a legalidade penal (OLIVEIRA, 2017, p. 212; 216; 260).

Diante do exposto, chega-se ao momento de encarar a pergunta: por força dos tratados internacionais cujo Brasil é signatário, existe o mandado constitucional que determina a criminalização das condutas discriminatórias motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero?

Conforme visto, o Brasil adota o sistema misto acerca da incorporação dos tratados internacionais, onde, em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, adota-se a



concepção monista, enquanto, aos demais tratados, aplica-se o modelo dualista. Em outras palavras, os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro independentemente de um ato legislativo intermediador, logo possuem relevância jurídica no direito interno.

A dificuldade seguinte era identificar a natureza jurídica tratados internacionais de direitos humanos. Atualmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) é adepto da teoria encampada por Gilmar Mendes, a tese da supralegalidade, onde os tratados internacionais de direitos humanos seriam hierarquicamente superiores à legislação infraconstitucional, porém inferiores à Constituição, salvo se passarem pelo crivo formal posto no art. 5º, §3º.

Contudo, em que pese entender a tese abraçada pelo STF, essa pesquisa filia-se a parte da doutrina que aproximasse da corrente de *status constitucional*, segundo a qual os tratados de direitos humanos possuem natureza jurídica constitucional por força do seu conteúdo materialmente constitucional e a abertura formal do art. 5º, §§ 1º e 2º da CF/88.

Determinar essa questão é fundamental para a análise de viabilidade do mandado de injunção, tendo em vista ser determinante para identificar se irão compor ou não o bloco de constitucionalidade para todos os fins, como, por exemplo, o de inaugurar direitos constitucionais subjetivos prejudicados por omissão legislativa abusiva necessários para que haja o controle de constitucionalidade por meio de mandado de injunção.

Entretanto, independentemente da linha que se prefira, seja supralegal, seja constitucional, acerca da natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, o que se percebe é que eles têm relevância jurídica interna e vinculam a legislação infraconstitucional, portanto, obrigam e influenciam a atuação do legislador ordinário, por isso, pode-se concluir que são capazes de inaugurar mandados de criminalização ao legislador ordinário.

Ocorre que tais mandados de criminalização só acontecerão caso estejam alinhados com a doutrina penal do bem jurídico a qual traz as diretrizes mínimas para considerar um bem juridicamente relevante para merecer a tutela do direito penal. No enredo em apreço (criminalização da homotransfobia), não há como não reconhecer a sensibilidade do tema, por consequência é acertado considerar a necessidade de criar o ilícito penal no sentido de criminalizar tais condutas intolerantes que atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana da parcela da comunidade que forma o grupo LGBTQIA+, sendo incabível uma atuação legislativa que atente contra essa lógica.

Reconhecer o mandado de criminalização em prol da criminalização das condutas homotransfóbicas, nem de perto pode ser considerado como uma banalização dos mandados de

criminalização, tal bem jurídico merece a proteção jurídico-penal na perspectiva da *teoria dos bens jurídicos*. Assim, pode-se concluir que os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário que determinam a criminalização dos atos homotransfóbicos criam deveres ao legislador ordinário nesse sentido.

Assim, pode-se argumentar em favor de um direito de punir. Advogando a favor dessa linha de pensamento, destaca-se o instrumento do *princípio da proporcionalidade na sua vertente de proteção insuficiente* que viabiliza o controle de constitucionalidade dos deveres de proteção, fundamental para identificar quando a atuação do Estado é insuficiente para resguardar o patamar mínimo de proteção do indivíduo, ou seja, quando é omissivo frente aos seus deveres de proteção.

Na realidade da comunidade LGBTQIA+, essa proteção deficiente é explícita ao se verificar a realidade social crítica que essa parcela da sociedade enfrenta, suportando violência de extermínio diariamente, principalmente, no Brasil, que ocupa, infelizmente, posição de destaque nos rankings de violência contra essa parcela da comunidade.

Logo, não há como não concluir em favor da existência de um mandado de criminalização por força dos tratados internacionais de direitos humanos cujo o Brasil é signatário e orientam a favor da criminalização das condutas homotransfóbicas, sob fundamento tanto da logística de incorporação e manuseio dos tratados internacionais de direitos humanos, como pelo princípio da proporcionalidade na noção de proibição deficiente, vinculando a atuação do legislador penal nesse sentido e viabilizando o reconhecimento formal da omissão normativa abusiva.

Todavia, em que pese reconhecer a existência de mandados de criminalização, estes não se confundem com o ato de criminalizar, por isso são incapazes de determinar a conduta criminosa, não têm o condão de definir a conduta incriminada, nem de dizer sobre o conteúdo da sanção, apenas conseguem guiar/orientar a definição da conduta que se pretende criminalizar. Isso se dá por conta da barreira sistêmica da ordem constitucional brasileira posta pelo princípio da legalidade em sentido estrito (princípio da reserva legal).

A fonte material criadora do Direito Penal e do Processo Penal é a União (V. art. 22, I, CF/88), é uma competência privativa, mesmo que se considere o *status constitucional* dos tratados internacionais, essa barreira estrutural se impõe, trata-se de uma garantia constitucional a de que a punição em órbita penal tenha expressa previsão em algum tipo penal incriminador expresso. O Brasil é adepto da legalidade formal e não material na esfera penal.

Assim, para que as condutas homotransfóbicas possam ser consideradas crimes e não apenas mandados de criminalização, é necessário que haja um tipo penal incriminador. Na tentativa de transpor a barreira da legalidade formal, apresentou-se o argumento de que o

conceito jurídico de racismo haveria se modificado, transformando-se em um termo geral de combate a qualquer ato discriminatório, independentemente da sua motivação, enquadrando as condutas homotransfóbicas como uma espécie do gênero racismo.

Não se ignora que, no momento da criação dos tipos penais, o legislador pode optar em desenvolver por uma descrição fechada (*tipo fechado*) ou aberta (*tipo aberto*) do tipo penal e que independentemente do tipo penal que se prefira construir a valoração sobre o texto legal acontecerá em maior ou menor grau. Contudo, há limites hermenêuticos que essa interpretação, principalmente na seara penal, quem devem ser respeitados, principalmente, a principiologia constitucional que dita as diretrizes gerais do ordenamento jurídico como um todo, sob pena de reduzir a análise jurídico-sociológica necessária a uma análise sociológica pura completamente desvinculada do raciocínio jurídico.

Nesses termos, diante da principiologia básica do direito penal brasileiro que defende uma interpretação sempre restritiva da punibilidade, construir o argumento de que as condutas homotransfóbicas podem ser consideradas crime, superando o estágio de mandado de criminalização, pois seriam uma espécie do gênero racismo (conduta criminalizada), submetidas aos julgo da Lei Antirracismo, não parece ser possível na perspectiva dessa pesquisa.

A Lei Antirracismo (Lei nº 7.716 de 5 de janeiro de 1989) é tipo penal fechado que *define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor*, não abre margem nem para o argumento de que se referiria a atos discriminatórios em geral, como o tipo penal aberto. A janela de oportunidade que se abre para desenvolver o argumento homotransfobia como espécie do gênero racismo é por meio da *mutação constitucional do conceito jurídico de racismo*. Argumento que será detidamente estudado no próximo tópico.

Contudo, para fins de fechamento desse tópico. Em linhas gerais, pode-se concluir, na perspectiva dessa pesquisa, que existe o mandado de criminalização constitucional que determina a criminalização das condutas discriminatórias pela orientação sexual ou identidade de gênero por força dos tratados internacionais que advogam nesse sentido e que o Brasil é signatário, bem como por força do princípio da proporcionalidade na sua vertente de proteção insuficiente, porém reconhecer essa realidade não significa que tais condutas já podem ser consideradas crimes e punidas penalmente, significa tão somente que existe o dever constitucional do legislador em legislar nesse sentido, incorrendo em mora formalmente inconstitucional enquanto essa inação normativa permanecer, isso por conta da barreira constitucional estrutural posta pelo princípio da legalidade formal penal prevista no art. 5º, XXXIX, CF/88.

#### **4.2.2. METÓDICA ESTRUTURANTE, MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL?: HOMOFOBIA COMO RACISMO**

Com o intuito de estudar sobre o argumento de que homofobia seria uma espécie do conceito ontológico-constitucional de racismo, estudar-se-á a teoria utilizada como fundamento para justificar essa expansão e releitura do conceito de racismo, a mutação constitucional, a qual, em sua perspectiva moderna, pauta-se nas contribuições da metódica estruturante de Friedrich Müller, por isso essa pesquisa partirá do estudo introdutório desse referencial teórico básico para, em seguida, verticalizar sobre a teoria da mutação constitucional, a fim de identificar se a forma conforme foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no momento de decidir sobre a criminalização das condutas homotransfóbicas é alinhada com a racionalidade jurídica dessa teoria que possibilita a alteração informal do Texto Maior.

##### **4.2.2.1. METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER**

Müller é um pensador que tenta fundamentar uma teoria material do Direito afastando-se das correntes formalistas, partindo da premissa da insuficiência do positivismo no que tange a fundamentação do Direito, argumentando ser necessário mais do que a simplória subsunção mecânica. A *teoria estruturante* surge como uma moderna corrente do pensamento jurídico que defende a necessidade de superar a legalidade estrita, mas sem ignorar o direito positivado (STAFFEN; 2016; p. 637-638).

Nessa linha, Müller (2005, p. 2) defende a necessidade de conscientizar os juristas acerca da fundamentabilidade, da defensabilidade e da admissibilidade dos métodos utilizados na concretização da norma e da realização do Direito. Com esse ânimo ele desenvolveu a sua teoria da metódica estruturante.

Müller constrói a sua teoria com o intuito de detalhar em passos o tratamento que o jurista precisa dá ao caso concreto. Partindo de textos normativos e relatos genéricos, leigo e profissional determinam o *âmbito da matéria* (*Sachbereich*). Em seguida, o jurista determina quais os enunciados normativos que, de fato, tem relevância para o caso, obtendo o *âmbito do caso* (*Fallbereich*). No momento seguinte, em linhas gerais, o jurista exaure as interpretações linguísticas e os recursos interpretativos auxiliares aplicados ao caso e delimita o *programa da norma* (*Normprogramm*) de nível genérico. Após, seleciona-se os fatos normativamente relevantes à luz do *programa da norma*, assim, elabora-se o *âmbito da norma* (*Normbereich*). O *âmbito da norma* com o *programa da norma* compõem a *estrutura da norma* (*Normstruktur*), enquanto aquele indica os dados reais normativamente relevantes, o *programa da norma* indica os dados linguísticos normativamente relevantes (ADEODATO, 2012, p. 278-282; MÜLLER,

2005, p. 26, 44; 2007, p. 224).

Assim, o *programa da norma* é a expressão do teor literal da norma, juntamente com todos os recursos interpretativos auxiliares, ele permite avaliar a relevância de dados empíricos, indicando espaços de ação metodicamente domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e poderá ser controlado e criticado. Enquanto o *âmbito da norma* retrata a estrutura básica da realidade social que foi delimitada pelo *programa da norma* (MÜLLER, 2007, p. 224-225).

Percebe-se que a norma jurídica vai sendo construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito que culmina na *norma decisória*, ou seja, o *programa da norma* e o *âmbito da norma* formam a *norma jurídica* que, ao final do processo de concretização, culminará na *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que enforma o caso concreto (ADEODATO, 2012, p. 282; MALUF JÚNIOR, 2013, p. 10).

Para Müller, todos os procedimentos que antecedem a elaboração da *norma jurídica* e da *norma decisória*, servem apenas para determinar o *programa da norma* e o *âmbito da norma*, portanto, não tem caráter normativo. A normatividade apenas surge no final do processo de concretização, na *norma jurídica* (*Rechtsnorm*), como resultado intermediário, e na *norma de decisão* (*Entscheidungsnorm*), como resultado final (MALUF JÚNIOR, 2013, p. 20).

Atente, a operação com esses conceitos estruturais não assegura decisões corretas, nem substitui os recursos metódicos auxiliares. Ademais, não são em todos os casos que se detectam claramente todos esses passos, há questões jurídicas que são decididas de maneira mais simples. O importante é frisar que a teoria estruturante de Müller não tem a pretensão de se tornar uma maneira para encontrar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos. Busca-se apenas fortalecer a normatividade da disposição legal, apresentando os elementos de decisão de maneira racional e controlável juridicamente (MÜLLER, 2008, p. 245-247; 2005, p. 81).

O processo de concretização elaborado por Müller, exige que a realidade não seja segregada da norma jurídica, a interpretação literal do texto, tornou-se apenas mais um dos elementos de concretização. A norma jurídica é mais do que o seu teor literal. É inviável descolar a norma jurídica do caso concreto, pois ambos, de maneira distinta, mas complementar, fornecem os elementos necessários à decisão jurídica, tendo em vista que ambos compõem a *norma de decisão*. A *força enunciativa* de uma norma para um caso é condicionada por esse mesmo caso (MALUF JÚNIOR, 2013, p. 19; MÜLLER, 2005, p. 49-51; 2007, p. 224).

Para Müller, o texto e a realidade trocam influências recíprocas, de tal maneira que a norma só vai ser criada após o trabalho de concretização. O enunciado normativo expresso é somente o ponto de partida na efetiva elaboração da norma, por isso Müller ressalta a

insuficiência dos métodos de interpretação tradicionais do positivismo legalista (ADEODATO, 2012, p. 272-273; MÜLLER, 2005, p. 21; 2008, p. 28).

O foco da metódica jurídica é desenvolver o raciocínio jurídico de maneira a permitir representar e verificar racionalmente (I) os critérios normativos da decisão, (II) a relevância dos elementos fáticos destacados da realidade; e (III) a sustentabilidade da decisão. Reforçando, a intenção é desenvolver um método que seja capaz de apresentar meios de trabalho controláveis de decisão (MÜLLER, 2005, p. 37, 57).

A teoria estruturante contrapõe-se a composição basilar do positivismo de separação do direito da realidade e limitação do conceito de norma ao texto da lei. Enredo que permitia a introdução descontrolada de argumentos não jurídicos, terminando por prejudicar a racionalidade e discutibilidade da ciência jurídica. Nessa mesma perspectiva, Müller também critica a tópica jurídica por sua abertura excessiva em relação ao texto normativo, considerando-o apenas mais um *topos* dentre outros, situação que prejudicaria a segurança da decisão (MÜLLER, 2007, p. 42-43; ADEODATO, 2012, p. 270).

Seguindo esse raciocínio, Müller (2005, p. 58) apresenta os “elementos” do processo de concretização. Esses elementos metódicos são hierarquicamente iguais. Nesta senda, segundo a sua origem, há dois grandes grupos de elementos de concretização: (I) elementos de *tratamento do texto da norma*; e, (II) elementos da *análise do âmbito da norma*. O primeiro grupo refere-se aos recursos de tratamento da norma no sentido tradicional. Enquanto a análise do âmbito da norma refere-se à sincronização da orientação legal com o conjunto de fatos juridicamente relevante (MÜLLER, 2005, p. 59).

Müller (2005, p. 91-93) desenvolve ao todo seis elementos metodológicos: (I) elementos metodológicos *strictiore sensu*; (II) elementos de concretização a partir do âmbito da norma e âmbito do caso; (III) elementos dogmáticos; (IV) elementos de técnica de solução; (V) elementos de teoria; e, (VI) elementos da política constitucional. Tais elementos demonstram que a interpretação constitucional completa deve levar em consideração tanto métodos direta, como indiretamente referidos às normas. Referenciar-se diretamente ou não à norma é um aspecto determinante nos casos de conflitos entre os elementos de *tratamento do texto da norma* e os elementos da *análise do âmbito da norma*.

Em linhas gerais, Müller afirmar que, em caso de conflito, deve-se preferir os elementos diretamente ligados à norma em detrimento daqueles indiretamente referidos aos enunciados normativos. Em caso de conflito entre os elementos diretamente referidos à norma, deve-se preferir os referentes às interpretações gramatical e sistemática, pois atuam diretamente sobre a interpretação do texto da norma, que exerce a função de fixar os limites a partir dos quais a

norma será concretizada. Essa função limitadora tem como pressuposto o Estado Democrático de Direito, pois o teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido defensáveis e constitucionalmente admissíveis, de tal maneira que, decisões que atropelam o teor literal da constituição não podem ser consideradas admissíveis (ADEODATO, 2012, p. 271, 275; MÜLLER, 2005, p. 64-65, 93, 106-107).

A metódica estruturante de Müller é uma teoria muito detalhista, discorrer sobre todos os elementos e hipóteses de conflitos acabaria por prejudicar a objetividade deste trabalho, por isso dar-se-á destaque apenas aqueles pontos pertinentes para a análise sobre a viabilidade do argumento de mutação constitucional do conceito jurisprudencial de racismo, o qual foi utilizado para estender a aplicação da lei específica do combate aos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (Lei nº 7.716/89) para os casos de homofobia e transfobia no caso da criminalização da LGBTfobia.

Em suma, pelo exposto, percebe-se que Müller verificando a insuficiência dos métodos tradicionais de interpretação legalistas para garantir a controlabilidade das decisões judiciais, elabora a sua teoria estruturante do direito, desenvolvendo, de maneira detalhada, o processo de concretização do trabalho do jurista na intenção de alcançar uma norma jurídica, por conseguinte, uma norma decisória controlável metodicamente.

#### **4.2.2.2. MUTAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL?: LIMITES À ALTERAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO**

A Constituição precisa tanto garantir a sua *rigidez*, como a sua *mobilidade* para que possa cumprir seus objetivos, pois enquanto esta (a *mobilidade*) permite responder às mudanças históricas, bem como às diversidades das situações existenciais, a *rigidez* garante a sua virtude estabilizadora. Equilibrar esses elementos é o desafio, pender para um desses extremos não é saudável para a ordem constitucional, pois desequilibrando em favor da *rigidez* dificilmente conseguirá satisfazer as necessidades da comunidade, enquanto se descompassar para a *mobilidade* prejudicará a virtude estabilizadora que a Constituição deve ter (HESSE, 2009, 93-95).

Como a intenção do texto constitucional, via de regra, é perdurar indefinidamente, sem duração prefixada, certamente, sofrerá modificações, seja para se adaptar às circunstâncias, seja para solucionar um problema específico (MIRANDA, 2019, p. 331-332). Uma Constituição não se exaure no momento da sua criação, sofrendo as pressões da evolução social que se fazem valer, seja através da interpretação jurisprudencial, seja pelos costumes e até mesmo por meio de revoluções. As Constituições são organismos vivos em íntimo vínculo dialético com as forças

presentes na sociedade, estreitamente vinculada às transformações da realidade social cambiante (BULOS, 1997, p. 1-6).

Nesse sentido, a Constituição pode ser modificada tanto formal, como informalmente. A mutação constitucional é o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados pelo texto constitucional. A doutrina alemã foi a primeira a notar tal fenômeno, merecendo destaque as contribuições de Paul Laband, Georg Jellinek, Rudolf Smend, Hsü Dau-Lin e Hermann Heller (BULOS, 1997, p. 53-54, 57; URRUTIA, 2000, p. 105-106).

Laband foi o primeiro a levantar a questão da mutação constitucional ao notar que a Constituição alemã de 1871 vinha sofrendo importantes modificações quanto ao funcionamento das instituições do Reich, a fim de acompanhar a situação constitucional do império. Partindo da premissa da separação entre direito e política e que a *vontade do Estado* coincide com a *vontade da sociedade*, Laband concluiu que não seria possível o controle judicial das mutações constitucionais. Embora seja apontado como primeiro autor a reconhecer o conceito de mutação constitucional, Laband não teve a preocupação de elaborar uma teoria consistente da matéria, preocupando-se apenas em justificar e fundamentar o fenômeno das alterações informais que a Constituição alemã de 1871 vinha sofrendo (BULLOS 1997, p. 54; LANÇA, 2014, p. 19-22; PEDRON, 2019, p. 195-196; URRATIA, 2000, p. 105-106, 108-110).

Georg Jellinek especificamente sobre a temática da mutação constitucional propôs como traço distintivo desse fenômeno a não intencionalidade, diferenciando-a da figura da reforma constitucional. Critério que foi refutado por Hesse que afirmou não ser possível que uma mutação constitucional relevante aconteça de maneira desapercibida. Contudo, Jellinek é considerado como um jurista de transição, se preocupando em sistematizar uma Teoria do Estado na qual uma teoria política e social e uma dogmático-jurídica se entrecruzariam. Entretanto, devido ao seu contexto histórico, Jellinek visualizou a mutação constitucional como mais um exemplo da força dos fatores reais de poder, por isso sem a possibilidade de ser contida juridicamente no mesmo sentido de Laband (LANÇA, 2014, p. 23, 25, 27-28; PEDRON, 2019, p. 199-200, 202; URRUTIA, 2000, p. 110-111).

Rudolf Smend e Hsü Dau-Lin são os principais autores das teses de integração que se contrapõem a dicotomia separatista entre direito e realidade. Smend acreditava numa teoria dinâmica da Constituição. Nesse enredo, a mutação constitucional surgiria naqueles casos em que a Constituição não conseguiria abarcar o dinamismo da vida política, artifício viável, pois seria próprio das normas constitucionais a elasticidade e uma capacidade autotransformadora. Apesar de avançar o tema, Smend não foi muito além de seus predecessores acerca dos limites



à mutação constitucional (LANÇA, 2014, p. 31-34; URRUTIA, 2000, p. 118-122).

Dau-Lin, aluno de Smend, destaca-se por preocupar-se em sistematizar uma teoria sobre a mutação constitucional. Dau-Lin define mutação constitucional como a contraposição entre a Constituição escrita e a situação constitucional real, logo, onde não há Constituição escrita, não há mutação constitucional. Ademais, aponta como dever da Constituição incorporar as necessidades políticas e sociais do Estado, ou seja, defende que a Constituição jurídica deve ceder a situação real em virtude do atendimento das necessidades vitais do Estado, mesmo se contrariar o texto constitucional. Raciocínio que fica claro na sistematização de Dau-Lin sobre as formas possíveis de mutação, na qual admite como fonte legítima desse fenômeno a pressão das necessidades políticas e reais, mesmo que contrárias às normas constitucionais. Da mesma maneira que Smend, não avança muito sobre o tema da limitação da mutação constitucional (LANÇA, 2014, p. 35-38; VECCHI, 2005, p. 80-82).

Hermann Heller também trabalha com a conexão entre realidade social e normatividade e parte do entendimento de que a Constituição é a forma de organização do Estado, sincronizando formalmente a cooperação da comunidade, a qual se encontra em constante movimento e se mantém por meio da dialética entre *Constituição não normada (normalidade)* e *Constituição normada (normatividade)*, esta subdivide-se em *normada extrajudicialmente* (princípios constitucionais) e *normada juridicamente*. A *normalidade* é o elemento dinâmico (*ser*) e a *normatividade* é o elemento estático (*dever ser*), tais elementos influenciam-se reciprocamente, o que reforça o caráter normativo da Constituição. O desafio é determinar como *ser* e o *dever ser* se harmonizam, nesse sentido, Heller defende que os princípios (elementos normativos não jurídicos) servem para equilibrar a norma com as transformações sociais. Os princípios viabilizam as mutações constitucionais. Apesar de avançar na matéria, Heller não esclarece os detalhes de como o diálogo entre *normatividade* e *normalidade* deve acontecer e como aquela limita esta, bem como, ainda se afilia a ideia de que, em última instância, os fatores reais de poder prevalecerão, logo, não oferece maior fundamentação para limitação das mutações constitucionais (LANÇA, 2014, p. 38-45).

Partindo dessas teorias tradicionais e beneficiado por um contexto institucional mais favorável, Hesse elaborou sua teoria da mutação constitucional, embasada no pressuposto de que *toda Constituição é Constituição no tempo*, ou seja, para que os fins Constitucionais sejam atendidos, é necessário que as normas constitucionais acompanhem as mudanças sociais, como também se façam valer, respeitando sua força normativa e a identidade da Constituição (PANSIERI; SOUZA, 2019, p. 50).

Para Hesse, mutação constitucional limita-se às *modificações do conteúdo de normas*

*constitucionais cujo texto não é modificado*, o que diferencia a sua teoria é a sua contribuição para a delimitação de limites para as mutações constitucionais. Criticando, de logo, as teorias tradicionais, Hesse argumenta que estas não fornecem critérios para controlar o manejo abusivo da mutação constitucional, entendendo pela incapacidade do elemento normativo de se impor frente às pressões sociais ou expondo de maneira indefinida a existência de limites à força dos fatos. (HESSE, 2009, p. 147, 151, 153-154, 165; PANSIERI; SOUZA, 2019, p. 50-51).

Identificando essas dificuldades e apoiando-se na teoria estruturante do direito de Müller, Hesse defende que só se conseguirá visualizar os limites à mutação constitucional quando se compreender que a modificação do seu conteúdo é motivada por uma alteração “no interior” da norma e não por motivações externas a sua *normatividade* (HESSE, 2009, p. 166).

Contextualizando com a metódica estruturante, apenas serão juridicamente relevantes as modificações da realidade social que se enquadrarem no *âmbito da norma* delimitado pelo *programa normativo* fixado no texto correspondente. Hesse, assim como Müller, não anula divergências interpretativas, mas garante a exigência de uma fundamentação mais elaborada para justificar a mutação constitucional se comparada com as teorias tradicionais, buscando garantir um mínimo de estabilização, racionalização e limitação do poder (HESSE, 2009, P. 166-169; PANSIERI; SOUZA, 2019, p. 52-53).

Os efeitos negativos do manejo desmedido da mutação constitucional são severos, podendo, em certas situações, significar a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, tal enredo não pode ser tolerado, sob a justificativa de uma suposta interpretação evolutiva (STRECK, LIMA, OLIVEIRA, 2007, p. 59-60).

Nos casos em que o texto da norma não suportar a interpretação que reflita as mudanças sociais da comunidade, restaria a opção da reforma formal da Constituição, solução que reforça a clareza e a força normativa do Texto Maior. Nesses termos, para Hesse, a teoria da mutação constitucional não serve para justificar a submissão das normas constitucionais aos fatos consumados, como as teorias tradicionais orientavam, mas sim para promover a melhor defesa da Constituição frente ao uso abusivo da técnica da mutação constitucional atentatório a arquitetura fundamental do Estado posta na Constituição (HESSE, 2009, p. 169-170; PANSIERI; SOUZA, 2019, p. 53-54).

Em suma, a perspectiva dessa pesquisa afilia-se a visão de Hesse que, apoiando-se na metódica estruturante de Müller, apresenta como parâmetro de controle do fenômeno da mutação constitucional, o *programa normativo*, ou seja, *a expressão do teor literal da norma que permite avaliar a relevância de dados empíricos, indicando espaços de ação metodicamente domináveis, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e poderá ser*

*controlado e criticado*. Nessa ótica, a mutação constitucional seria a alteração “no interior” da norma, modificação no seu perímetro factual do *âmbito da norma*, selecionado conforme seu programa.

Em outras palavras, no fenômeno da mutação constitucional, há novos aspectos da realidade que antes eram ignorados pelo programa da norma, mas que, agora, pelo amadurecimento do instrumental jurídico, passam a ser relevantes ao programa da norma. É a mudança do programa da norma que faz com que os aspectos da realidade possam ser traduzidos, manejados, fundamentados e controlados pelo Direito. Entender ao contrário, na perspectiva dessa pesquisa, equivaleria a se tornar suscetível as mesmas críticas levantadas à *tópica jurídica* que, considerando o instrumental jurídico como mais um *topos* dentre os demais, fragiliza ao extremo a segurança jurídica das decisões, abrindo margem para decisões contrárias ao ordenamento jurídico caso os fatores reais de poder assim o pressionem, por consequência, podendo levar a substituição do Poder Constituinte pelo Poder Judiciário e a contraposição entre constitucionalismo e democracia.

#### **4.2.2.3. HOMOFOBIA COMO RACISMO: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO**

Rememorando, o MI nº 4.733 foi impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional com a intenção de reconhecer, em linhas gerais, a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, por meio da equiparação desses atos ao racismo, bem como requerendo a responsabilidade civil do Estado brasileiro, a fim de indenizar as vítimas de homofobia e transfobia, enquanto a pretendida criminalização não acontece (BRASIL, 2019, p. 5-6).

A mutação constitucional do conceito jurisprudencial de racismo pela via interpretativa foi lembrada e utilizada expressamente pelo Ministro Luiz Roberto Barroso no caso da criminalização da homofobia. Na perspectiva deste trabalho, trata-se do argumento nodal que viabilizou a interpretação da homofobia como uma espécie do gênero racismo e permitiu os efeitos concretistas da decisão do MI nº 4.733 (BRASIL, 2019, p. 79). Para identificar a racionalidade jurídica dessa argumentação é necessário identificar se tal mudança interpretativa ampliativa tem espaço dentro do *âmbito normativo* delimitado pelo *programa da norma* do art. 5º, XLII, CF/88, assim como a teoria moderna da mutação constitucional construída por Hesse orienta.

Nesse sentido, se faz necessário identificar o *programa normativo* que delimitará o *âmbito normativo* da estrutura da norma jurídica, para tanto cabe revisitar as principais teses

favoráveis e desfavoráveis apresentadas pelos Ministros sobre o tema. Começando pelos argumentos favoráveis. Alega-se ter (i) o STF reconhecido a mutação constitucional do conceito jurisprudencial de racismo no caso Ellwanger (HC nº 82.424), reinterpretando de maneira ampliativa esse conceito, reconhecendo-o como *uma realidade social e política sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica*, mas que engloba qualquer ato discriminatório que fomente a ideia de hierarquia entre grupos humanos (BRASIL, 2019, p. 97-99; 122).

No mesmo sentido, argumentou-se que (ii) o tratamento desigual entre homofobia e racismo ofende diretamente o princípio da igualdade, pois são condutas igualmente reprováveis que merecem o mesmo tratamento jurídico, sob pena de hierarquização de opressões (BRASIL, 2019, p. 72-73).

Da mesma forma, defendeu-se (iii) a violação ao princípio da proporcionalidade como proibição de insuficiência para justificar o dever de legislar do Estado para garantir o mínimo exigível para a fruição dos direitos fundamentais básicos, como a vida e a integridade física, dos integrantes do grupo LGBTQIA+, fundamentando o enquadramento da homofobia e transfobia com tipo penal definido na Lei nº 7.716, até superveniência de lei específica (BRASIL, 2019, p. 154-158).

Ademais, justificou-se que (iv) a aplicação dos tipos penais previstos na Lei nº 7.716 aos casos de homofobia e transfobia não agride o princípio da legalidade em sentido estrito (Art. 5º, XXXIX, CF), pois trata-se de mera explicitação do alcance e do conteúdo da legislação existente, por meio da *interpretação conforme a Constituição* (BRASIL, 2019, p. 161-163; 168).

Partindo para o levantamento dos argumentos contrários à criminalização da homofobia pela via judicial, tem-se a exposição de que (i) não há direito constitucional subjetivo à criminalização específica da homofobia e transfobia que justifique a omissão inconstitucional do Congresso Nacional, pois, mesmo reconhecendo a realidade alarmante de violência aos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, não é possível reconhecer a tipificação de uma conduta sem a determinação de lei em sentido formal, conforme orienta o princípio da legalidade em sentido estrito no art. 5º, XXXIX, da CF (BRASIL, 2019, p. 233; 235; 273-275).

No mesmo sentido, alegou-se que (ii) a garantia fundamental da anterioridade da lei penal estrita e os princípios derivados da legalidade em sentido estrito, como a proibição de analogia *in malam partem*, são diretrizes mestras, pautadas em garantias fundamentais dos jurisdicionados que estipulam como pressuposto obrigatório para a criminalização de qualquer conduta a sua tipificação formal no texto legal. Apontou-se também (iii) a competência absoluta

e exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre matéria penal (V. art. 22, I, CF/88). Desse modo, modificar em qualquer sentido os delitos por meio da interpretação judicial, fragilizaria a delimitação do alcance do tipo penal, bem como caracterizaria uma afronta a separação dos poderes. (BRASIL, 2019, p. 115; 275-276).

O reconhecimento da *taxatividade dos preceitos* rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo de racismo, sendo, portanto, inviável o enquadramento da homofobia e da transfobia na perspectiva ontológica-constitucional de racismo. Além do mais, pontuou-se que (iv) não se pode confundir o sentido jurídico do vocábulo *punirá (gênero)* com *criminalizará (espécie)* no art. 5º, XLI, CF, isso significa que, havendo outras possibilidades de satisfazer o comando constitucional que não pela tipificação penal, ausente está a imposição de criminalizar especificamente os atos homofóbicos e transfóbicos (BRASIL, 2019, p. 276; 278).

Raciocínio que sincroniza com o princípio da intervenção mínima que determina que a criação de novos tipos penais é último recurso que o Estado deve utilizar para punir condutas inadequadas, a criminalização de uma conduta apenas se dá quando outras maneiras de punição se mostrem incapazes (SANTIAGO, 2020, p. 215).

Após revisitar as razões jurídicas apresentadas pelos ministros na decisão que criminalizou a homotransfobia pela via judicial, percebe-se que a aplicação da Lei Antirracismo aos casos de LGBTfobia só foi possível, pois se construiu uma linha de argumentação que afastou o princípio da reserva legal.

Preferiu-se a linha de raciocínio que advogou no sentido de que houve a ampliação do conceito jurisprudencial de racismo, por meio da mutação constitucional, conceito que teria sido consolidado pelo STF no HC 82.424 (Ellwanger). Nesse enredo, abriu-se margem para o uso do artifício da *interpretação conforme a Constituição* sobre os tipos penais previstos na Lei nº 7.716, fazendo com que se reconhecesse como crimes tipificados nessa lei as condutas discriminatórias da homofobia e transfobia, equiparando-as ao racismo numa relação de gênero e espécie (BRASIL, 2019, p. 74-75; 158; 264).

Dentro dessa linha argumentativa, não se teria criado crime sem lei, mas tão somente a ressignificação do conceito de racismo, que viabilizou a extensão da aplicação dos tipos penais que já existem na Lei nº 7.716, por isso tal interpretação não violaria a legalidade estrita. Ao contrário, sincroniza com a *vontade hipotética do legislador*. (BRASIL, 2019, p. 162-165). Desenvolvendo essa conclusão, as palavras de Luiz Fux merecem destaque (BRASIL, 2019, p. 168):

Nesse sentido, a interpretação, extensiva ou analógica, não se confunde com a criação de uma norma *ex nihilo*, porquanto não cria nada, sendo apenas decorrência de princípios que, enquanto existem em um determinado ordenamento, necessariamente

já têm, por si mesmos, valor normativo. O intérprete, ao buscar a *ratio legis*, estende a *fattispecie* de norma penal que já existia, não havendo que se cogitar de uma nova obrigação ou criação do intérprete. Sem que sequer haja analogia, *in casu*, não se cogita de analogia *in mala partem*.

A extensão do âmbito de incidência da Lei do Racismo, para abarcar todas as formas de homofobia e transfobia, configura sentença aditiva que, via **interpretação conforme**, visa sanar a omissão inconstitucional do legislador. Por essa razão, tampouco afeta a regra que veda a retroatividade em prejuízo do réu (grifo do original).

Ocorre que, como dito, o fenômeno da mutação constitucional não é ilimitado e sem fronteiras. A Constituição precisa garantir a sua *mobilidade*, porém sem abdicar por completo da sua *rigidez*, deve haver um equilíbrio entre a *vontade de poder* e a *vontade de constituição*. Não há mais espaço para aquela perspectiva ilimitada das teorias tradicionais da mutação constitucional que, em última instância, entendiam sempre pela prevalência dos *fatores reais de poder*, é necessário a respeitabilidade da força normativa da Constituição (HESSE, 2009, p. 132).

Apoiando-se na *metódica estruturante do direito*, Hesse defende, em linhas gerais, que não basta a alegação genérica que houve mudanças fáticas que alteraram a estrutura da norma, deve-se justificar a mutação constitucional, principalmente, contrapondo-a ao *programa normativo* responsável pelo enquadramento do *âmbito normativo*, nos termos da *metódica jurídica*.

Do princípio, para verificar a viabilidade jurídica do argumento apresentado pela tese que advoga em favor da criminalização da homofobia pela via judicial, é necessário desenvolver a racionalidade jurídica do manejo da teoria da mutação constitucional utilizada para ampliar o conceito ontológico-constitucional do termo *racismo*, ou seja, é preciso verificar se houve a alteração “no interior” desta norma que justifique e traduza em termos controláveis juridicamente a expansão do seu perímetro factual juridicamente relevante, perímetro denominado por Friedrich Müller como *âmbito da norma*.

Tal perímetro é delimitado pelo *programa da norma*, ou seja, pelas possibilidades jurídicas que trazem a fundamentabilidade, a defensabilidade e a admissibilidade dos métodos utilizado na concretização e na realização do Direito, que engloba, além do teor literal da norma, todos os recursos interpretativos auxiliares pertencentes ao ordenamento jurídico.

Assim sendo, de logo, cabe pontuar que, a ordem constitucional brasileira de 1988 é filiada ao conceito de *legalidade formal*, portanto, não há espaço para o raciocínio de que, por meio da *interpretação conforme*, seria possível identificar uma conduta criminosa, na medida em que esta fosse lesiva a interesse juridicamente protegido, raciocínio que somente teria respaldo num sistema jurídico que fosse adepto da tese da *legalidade material*, o que não é o

caso.

Em que pese reconhecer a existência de mandados de criminalização derivados de tratados internacionais e da lógica sistêmica da ordem constitucional de 1988, isto não torna o Judiciário apto a criminalizar condutas. A fonte material criadora do Direito Penal e do Processo Penal é a União (V. art. 22, I, CF/88), por meio do Congresso Nacional. Trata-se de uma garantia constitucional do jurisdicionado a de que a punição em órbita penal tenha expressa previsão em algum tipo penal incriminador.

O Judiciário não tem o condão de criminalizar condutas. Mesmo que seja uma saída criativa que poderia ter respaldo em outros sistemas jurídicos, alegar que houve a mutação constitucional do termo racismo, a fim de ampliar a sua abrangência fática em matéria penal, na ordem constitucional brasileira atual é inviável, pois tal expansão não encontra respaldo no *programa da norma* do conceito jurídico de racismo, que deve continência, além do teor literal da norma constitucional que está descrito (art. 5º, XLII, CF/88), a todo o ordenamento jurídico que determina a competência privativa e exclusiva da União para dispor sobre matéria penal.

Em que pese poder até construir um argumento que viabilize a impetração do mandado de injunção, em prol do reconhecimento do direito subjetivo constitucional à criminalização da homofobia e de reconhecer a capacidade concretista do mandado de injunção, que capacita o Judiciário a atuar excepcionalmente como legislador positivo temporário, isso não implica a um “cheque em branco” para o Judiciário vir a atuar sempre neste papel que lhe cabe de forma excepcional.

A separação dos poderes é uma construção particular de cada ordenamento jurídico. No caso brasileiro, há a autorização para o Judiciário atuar como legislador positivo excepcional quando o Legislador faltar com suas obrigações institucionais e insistir numa omissão normativa inconstitucional prejudicial a direito constitucional subjetivo de qualquer cidadão. Ocorre que, além desse autorizativo, a separação de poderes/funções brasileira também determina que cabe a União exclusiva e privativamente dispor sobre matéria penal, logo, harmonizando as duas colocações, ao ver dessa pesquisa, não seria possível, mesmo valendo-se dos efeitos concretistas do mandado de injunção, o Judiciário vir a avançar sobre matéria penal, sob pena de extrapolar sua competência.

Assim, analisando o acórdão do julgado do MI nº 4.733, verifica-se que há argumentos conflitantes acerca da mutação constitucional em questão que terminam, na perspectiva dessa pesquisa, por retratar o uso abusivo dos efeitos concretistas desse remédio constitucional. Em que pese concordar como um meio adequado para debater a omissão normativa acerca do direito subjetivo constitucional à criminalização da homofobia, determinar seus efeitos concretista

sobre matéria penal, extrapola as possibilidades jurídicas desse instrumento, pois avança sobre competência absoluta do Congresso Nacional. Esse é o ponto nodal de distinção dos outros julgados em que os efeitos concretistas do mandado de injunção foram acertados, a inexistência de uma barreira sistêmica, pautada na própria arquitetura constitucional. O mesmo raciocínio se aplica a matéria tributária por exemplo.

Mesmo que se alegue a função *contramajoritária* do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos dos grupos minoritários, o Judiciário não está autorizado a ignorar a organização política fundamental do Estado. A aceitação desse quadro implicaria numa insegurança institucional profunda, dando margem a um ativismo judicial desmedido (SANTIAGO, 2020, p. 215).

Assim, pautando-se na teoria de limitação à mutação constitucional de Konrad Hesse que utiliza como arcabouço teórico a *metódica estruturante* de Müller, percebe-se que a mutação constitucional acerca do conceito de racismo exercida pelo STF, pode ser considerada abusiva, o que inviabiliza o argumento de interpretação conforme à constituição. Trata-se, na verdade, de uma mutação inconstitucional.

Além disso, os efeitos pretendidos seriam inalcançáveis por meio do instrumental jurídico escolhido, o mandado de injunção. Apesar de ter pacificado a possibilidade dos seus efeitos concretistas, estes devem ser exercidos na medida e no limite do princípio da separação dos poderes. Assim, como no caso da criminalização da homofobia, a competência absoluta para criminalizar qualquer conduta é do Congresso Nacional, não pode vir o Judiciário a avançar sobre este limite institucional.

O caso da criminalização da homofobia seria aquela hipótese destacada por Hesse (2009, p. 169-170) em que o *programa normativo* não suporta a interpretação que reflete as mudanças sociais, enredo que só pode ser superado pela via da reforma formal da Constituição, solução, como dito, que reforça a clareza e a força normativa do Texto Maior.

## 5. CONCLUSÃO

É necessário romper com a perspectiva elitista de democracia, a qual, ainda nos dias de hoje, permanece advogando em favor daquele raciocínio derivado ainda da concepção negativa que o regime democrático possuía na época da Antiguidade da história humana, a de que a tarefa de governar deve ser destinada a poucos guardiães que seriam mais qualificados a identificar o que seria melhor para a comunidade.

O modelo representativo derivado das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII precisa ser aprimorado. O sufrágio precisa ser entendido como um direito do cidadão e não



apenas como uma função do modelo representativo para que se consiga reconciliar os eleitos com os eleitores, a falta de sincronia entre estes é o principal fundamento da crise da democracia representativa, tendo em vista ser uma problemática que agride diretamente a soberania popular que deveria ser o motor central do regime democrático moderno.

Sistemas eleitorais onde os cidadãos não tenham qualquer papel institucional, nos quais as eleições têm apenas a função de legitimar o governo, servindo, tão somente, como meio para compor um corpo de legisladores, não podem ser considerados representativos. Um regime democrático representativo moderno não pode se contentar com um sistema eleitoral que sirva apenas para a escolha de um representante político que atuará como um substituto para um soberano ausente.

A deliberação é o ponto chave de distinção entre um regime democrático representativo e um não representativo, pois, embora o ato de decisão seja comum a ambos, o processo para construí-la é muito diferente. A ideia de igualdade deve, de fato, permear a democracia moderna, indo além da democratização do voto, devendo-se preocupar, na mesma medida, com a democratização da deliberação.

É necessário tomar a consciência de que o modelo de democracia representativa é passível de falhas. Os vícios eleitorais a serviço da classe dominante e contrários aos interesses da sociedade ferem o interesse nacional, desvirtuam os fins do Estado e apodrecem aquilo que vem se chamando de democracia e representação.

É com essa ideia em mente que este trabalho apresentou e desenvolveu a noção de democracia participativa. Filiando-se a proposta de se estabelecer mecanismos que viabilizem o exercício da soberania pelos cidadãos. Sendo adepto da proposta de se criar espaços que permitam os cidadãos deliberarem e decidirem em iguais condições sobre as questões do Estado, principalmente, para aqueles grupos vulneráveis afastados do processo formal de participação política.

Trata-se de uma necessidade que pressionou todos os poderes, inclusive o Judiciário, que tiveram de amadurecer nesse sentido. Contudo, devido a uma crescente institucionalização do Direito na vida social, aumentando o seu alcance, somada a outros eventos que emperraram os outros poderes, como o *overload* Legislativo e o *clientelismo* que se instalou no Executivo, o Judiciário expandiu-se contra as mazelas da democracia representativa e em prol de uma democracia participativa e da efetividade das normas constitucionais.

Uma das mazelas derivadas da referida crise do modelo representativo e focada ao longo deste trabalho é a omissão normativa inconstitucional do legislador ordinário, enredo no qual os representantes ludibriam o poder popular em prol dos seus interesses egoístas, escolhendo

dar efetividade somente àquilo que lhes interessa, contribuindo diretamente para a descrença na efetividade e para a nominalização do texto constitucional.

A dinâmica jurídica atual exige um Judiciário consciente do seu papel social e das consequências das suas decisões. A função jurisdicional assimilou outras funções que não lhe cabiam tradicionalmente se pensadas nos moldes originais da separação dos poderes, o que gerou a releitura desse princípio, de tal forma que não cabe mais, seguindo um pensamento binário, insistir que ao Judiciário cabe, necessariamente, o papel negativo de declarar a inconstitucionalidade, enquanto ao Legislativo cabe, exclusivamente, a função propositiva.

Atente, isso não significa o descrédito total do Legislativo e o império do Judiciário, significa, tão somente, que não existe um princípio da separação de poderes natural e superior as ordens constitucionais, ou seja, que este é uma construção de cada arquitetura constitucional e seu cumprimento ou descumprimento deve ser analisado na medida da realidade de cada ordenamento jurídico.

O ponto que se pretende chegar é de que o fortalecimento da jurisdição constitucional, até com o Judiciário podendo vir a assumir, excepcional e pontualmente, a função de legislador positivo temporário, não necessariamente desrespeita o princípio da separação dos poderes, devendo essa análise ser realizada na medida das peculiaridades de cada ordenamento jurídico.

Na verdade, consolidar a jurisdição constitucional, principalmente num contexto de crise da democracia representativa, pode vir a ser uma maneira de fortalecer a democracia, pois habilita o Judiciário como uma nova arena de debates democráticos disponível para luta por direitos e pautas políticas. Contudo, novamente e reforçando, a diferença entre o remédio e o veneno é a dosagem, extrapolar em favor da Supremacia Judicial, terminaria por substituir o Poder Constituinte pelo Poder Judiciário e por contrapor o constitucionalismo à democracia, o que, nem de longe, se defende nesta pesquisa.

O que se pretende é dar meios que permitam que os cidadãos possam resistir à opressão dos governantes mal-intencionados. O referendo, o plebiscito e a iniciativa popular são instrumentos que demonstram que a democracia representativa não está inerte e tenta amadurecer com o fito de combater o seu enredo de crise enveredando pelo caminho da participação popular. Contudo, isso não impede que o Judiciário possa vir a complementar esse arsenal de instrumentos à disposição do cidadão. Na medida que esses meios de participação política alternativos forem mais ou menos utilizados, isso refletirá diretamente a saúde do vínculo entre representante e representados.

É nesses termos que o Direito vem se reconciliando com a política, atuando como um instrumento em prol da mobilização social. O Direito passa a ser entendido como uma prática

social e não apenas como um instrumental utilizado exclusivamente para compor decisões judiciais. O jurista não se limita mais a um mero operador técnico dos textos legais, mas um operador das relações sociais.

A relação entre os movimentos sociais e o Direito é uma realidade que começou a ganhar relevo nas décadas de 1950 e 1960, época na qual se começou a desenhar a *teoria da mobilização legal* e a se ter a percepção de que o Direito pode ser utilizado para redistribuir poder e influência política, ou seja, é capaz de gerar uma mobilização política capaz de afetar o equilíbrio das forças políticas tradicionais, na medida em que se toma a consciência e passa a se tentar controlar estrategicamente a ressonância cultural e o poder simbólico dos direitos.

O Direito amadurece como um meio complementar de participação política, principalmente, em prol de grupos vulneráveis incapazes de competir em igualdade nos canais tradicionais da política. Perceba, em que pese destacar essa potencialidade do Direito, não se pretende supervalorizá-la. As táticas legais não excluem os outros modos de atuação política, na verdade, atuam no sentido de complementá-las e não de lhes roubar o protagonismo.

Despertou-se para uma perspectiva do Direito além dos tribunais e das instituições jurídicas, visualizando o seu estudo e aplicação como uma *prática social* que não se limita às ações judiciais e influencia diretamente no desenvolvimento dos debates políticos, estando presente desde a tomada de consciência cívica, passando pela constituição da agenda política, até nos efeitos colaterais de uma decisão judicial. Passa-se a ter uma visão mais real de como os tribunais determinam e convidam os membros da sociedade a compartilhar um modo comum de ver, conhecer e falar, na medida em que forjam os conhecimentos legais para todo argumento de autoridade da política e da vida pública.

O litígio passa a ser mais uma das muitas dimensões estratégicas do Direito pelos agentes sociais. O Direito é mobilizado quando um desejo ou vontade é transformado em uma demanda ou afirmação de direitos por meio de um movimento que atravessa as instituições jurídicas, evidenciando a dimensão da juridicidade nas reivindicações sociais em questão.

Nesse enredo que surge o conceito de *oportunidade jurídica*, o qual busca identificar como as estruturas socio-legais moldam as estratégias dos movimentos sociais e, ao mesmo tempo, são moldadas por essas estratégias, ou seja, como o sistema jurídico é capaz de emergir como um ambiente institucional ativo no processo político, abrindo margem para a participação política, normalmente, de grupos vulneráveis que encontram dificuldade em participar no tradicional jogo político e buscam no Judiciário um ambiente de oportunidades mais favoráveis.

Por exemplo, a luta por direitos civis pela população negra norte-americana que já se valia do litígio como tática de movimento social desde 1920, encarando desafios legais contra

convênios habitacionais restritivos, práticas de votação excludente e escolaridade segregada, dentre essas lutas destaca-se o caso notório *Brown vs. Board of Education* (1954), serviu de inspiração para que outros segmentos vulneráveis da sociedade atentassem para o potencial do Judiciário, como o movimento LGBTQIA+ moderno iniciado em *Stonewall Inn* para o mundo.

O movimento moderno dos direitos dos homossexuais nos Estados Unidos da América, desde o surgimento da LAMBDA na década de 1970, aproximou-se bastante do Judiciário para garantir a sua pauta política, tendo em vista que, à época, a noção de que os homossexuais tinham o direito de estar livre de discriminação com base em sua sexualidade parecia absurda para muitos.

O sucesso nos tribunais trouxe avanços sensíveis para a fruição dos direitos da comunidade LGBTQIA+ nos Estados Unidos, porém isso é apenas parte dos efeitos do litígio, outra parte igualmente relevante diz respeito ao impacto da mobilização do direito no dia a dia dessa parcela da sociedade, mobilizando potenciais adeptos, gerando apoio público e/ou contrariando antagonistas.

A janela de oportunidade criada pelo movimento LGBTQIA+ americano, foi percebida aqui no Brasil e influenciou diretamente a luta por cidadania pelo movimento LGBTQIA+ no Brasil, que, mesmo diante das dificuldades de um cenário político desfavorável às liberdades individuais e coletivas, em virtude da ditadura militar, encontrou espaço para iniciar na década de 1970.

Conforme exposto, a repressão no Brasil, foi muito violenta até meados da década de 1990 quando começou a sinalizar melhoras, estando ainda longe do aceitável, porém, a partir da década de 1990, muitos avanços foram alcançados pelo movimento LGBTQIA+ no Brasil, como: Salvador tornando-se a primeira cidade da América Latina a proibir a discriminação por orientação sexual na sua Lei Orgânica Municipal, inspirando mais 72 municípios e os Estados de Sergipe e Mato Grosso (1990), a eleição de Kátia Tapety, a primeira travesti a ser eleita vereadora, em 1998.

Numa perspectiva mais próxima e diretamente derivada dos efeitos dos litígios jurídicos no Brasil, tem-se, em 1998, o REsp nº 148.897, no qual o STJ afirmou a existência de *sociedade de fato* aos casais homoafetivos, aponta-se como avanço à época, pois serviu para assegurar ao parceiro homossexual direitos patrimoniais construídos ao longo da relação, tendo em vista que antes nem isso se respeitava aos casais homoafetivos. Em 1999, a Justiça gaúcha dá um passo além, definindo a competência dos juizados especializados da família para apreciar as ações referentes às uniões homoafetivas, reconhecendo-as, portanto, como entidade familiar e não mais como vínculo negocial.

Outros julgados merecem destaque, como o REsp nº 820.475, no qual o STJ reconheceu a ausência de proibição normativa ao reconhecimento da união homoafetiva, como também a ADPF nº 132 e a ADI nº 4.277 nas quais o STF encarou o tema da união homoafetiva como entidade familiar, reconhecendo-a, bem como reconheceu o *direito fundamental à liberdade de orientação sexual*, além de consolidar o entendimento de que o conceito jurídico de família não distingue famílias nem por formalidades, nem por orientação sexual, o que abriu caminho para o casamento civil e a adoção por pessoas homoafetivas.

Conquistas que vem em socorro da população homoafetiva do Brasil diante da resistência descomunal da ala conservadora, fundamentalista e homofóbica do Poder Legislativo na esfera federal, tendo em vista, conforme pontuado, que os avanços acontecem e são mais perceptíveis nos Estados-membros e nos inúmeros municípios que vem promovendo emendas às respectivas Constituições e nas leis orgânicas para coibir discriminações por orientação sexual.

No Brasil, na medida em que o Judiciário vem amadurecendo como uma nova arena de debates democráticos, ele vem procurando formas de fortalecer a legitimidade das suas decisões, como a audiência pública e o *amicus curiae*, que demonstram a abertura da Corte ao diálogo com a sociedade. Rememorando, a deliberação democrática é ponto fundamental para distinguir um governo representativo democrático de um não democrático.

O mandado de injunção cresceu exatamente nesse sentido e foi estrategicamente mobilizado pelo movimento LGBTQIA+ para reivindicar uma pretensão política que vinha desde a constituinte, a criminalização dos atos discriminatórios motivados por intolerância à identidade de gênero e à orientação sexual.

Trata-se de uma pauta antiga deste movimento que ainda encontra resistência descomunal nos canais tradicionais de participação política, o que se percebe ao ter consciência de que, pelo menos, desde 1986, esse movimento levanta essa pauta, tendo em vista que o Grupo Triângulo Rosa (RJ), o Grupo Gay da Bahia (BA) e Libertos (SP), durante a constituinte, fizeram campanha pela inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual na Constituição, como também há, pelo mesmo, 15 anos, o PL 309/2004 que trata sobre esse tema ainda está em tramitação, aguardando referendo dos deputados atualmente.

Nesse sentido, a potencialidade do mandado de injunção para servir para fins de mobilização do Direito, na perspectiva desta pesquisa é enorme, diante do seu rol de legitimados ativos bem extenso, das expectativas concretistas presentes nesse instrumento desde à constituinte e consagradas na lei regulamentadora específica (Lei nº 13.300/16), além de atuar diretamente na solução de uma problemática derivada da crise do modelo representativo, a inação legislativa inconstitucional.

Trata-se de um instrumento inédito da criatividade brasileira atuante, principalmente, no sentido de garantir a eficácia dos direitos sociais previsto na Norma Maior, surgindo como solução para o grande desafio do Direito Constitucional contemporâneo que é o de juridicizar o Estado Social.

O constitucionalismo dirigente foi minucioso no seu compromisso com seu conteúdo social, porém isso inaugurou novos desafios para resguardar a eficácia e aplicabilidade, em especial, das *normas constitucionais de princípio programático*, as quais, não raras as vezes, tem a sua efetividade inviabilizada pela inércia legislativa abusiva. Enredo que gera a inversão da relação entre poder constituinte e poder constituído, onde este (poder constituído) passa a determinar qual disposição daquele (poder constituinte) terá real efetividade, problemática que motivou a elaboração do mandado de injunção brasileiro.

Nesse enredo, o mandado de injunção é o remédio constitucional necessário quando o Legislativo falta com o seu *dever de legislar* de forma a prejudicar o direito subjetivo constitucional de qualquer cidadão ou grupo social, ou seja, justamente quando a crise do modelo representativo mostra uma das suas consequências negativas, por isso, esta pesquisa acredita no potencial do mandado de injunção em prol da *mobilização do direito* direcionada no sentido do desenvolvimento de uma democracia participativa e de uma vivência cívica dos cidadãos conscientes dos seus direitos e liberdades.

O desafio é delimitar as fronteiras do manejo adequado dessa ação constitucional, tendo em vista que estes não estão ainda bem delimitados, pela pouca aplicação desse instrumento, como também pela falta de paradigma na experiência internacional. A Lei nº 13.300/16 avançou nesse sentido, por exemplo, consolidando os efeitos concretistas como padrão decisório, contudo, ainda existem muitas dúvidas basilares sobre o uso desse instrumento, como quais omissões normativas podem, de fato, ser consideradas inconstitucionais e dá ensejo a impetração do mandado de injunção, principalmente, quando vem a doutrina a apresentar a modalidade de *omissão por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma*.

Extrapolar nas potencialidades do mandado de injunção, por exemplo, banalizando as inconstitucionalidades, desvirtuaria a razão de ser deste instrumento, que, ao invés de atuar em prol da eficácia das normas constitucionais, terminaria por erodir a força normativa da Constituição, sufocando a legitimidade democrática, enquanto fortalece a legitimidade constitucional sob a bandeira da supremacia constitucional.

Além do mais, apesar de consolidado pela Lei nº 13.300/16, o controle concreto das omissões legislativas inconstitucionais, em sede de mandado de injunção, ainda não está bem amadurecido e o receio de extrapolar também no seu manejo, avançando e comprometendo os

canais tradicionais de representação política, é legítimo.

O ponto ótimo da atuação jurisdicional no enredo de combate às omissões normativas inconstitucionais varia na medida da arquitetura de cada ordem constitucional. Tradicionalmente, a responsabilidade pela elaboração de uma norma necessária para a fruição de um direito constitucional é do Legislativo. Contudo, reconhecer a supremacia do legislativo sobre o tema não implica que esta seja uma esfera de ação política livre de qualquer controle jurisdicional.

O controle concreto de constitucionalidade das omissões normativas inconstitucionais no Brasil é uma realidade e pode acontecer por meio do mandado de injunção. Os efeitos concretistas deste também é uma realidade cristalizada na lei regulamentadora específica e querida na ordem constitucional brasileira desde a constituinte, logo, mesmo que se considere a injunção concedida como sendo o Judiciário atuando como um *legislador positivo temporário*, antes de argumentar a sua inviabilidade diante de um princípio da separação dos poderes natural e supraconstitucional, deve-se ponderar se esta possibilidade está adequada ou não ao desenho que a separação dos poderes assumiu no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista ser um princípio constitucionalmente adequado.

Detalhe que merece menção é o de que quando Kelsen apresentou a sua tese de controle de constitucionalidade das normas que afrontassem a ordem constitucional, expulsando-as do ordenamento jurídico, hoje consolidada, ele teve que enfrentar o argumento da violação do princípio da separação dos poderes por conta de o Judiciário estar atuando como um *legislador negativo*, função que não caberia tradicionalmente ao terceiro poder.

Mantendo as proporções, os momentos se assemelham, só que, agora, ao invés de atuar como um *legislador negativo*, busca-se legitimar a atuação do Judiciário como um *legislador positivo temporário*, devido as novas condições de temperatura e pressão que agem sobre a estrutura consolidada de distribuição de poderes/função que deve agir em prol a concretização dos escopos constitucionais.

O caso da criminalização da homofobia analisado por meio do MI nº 4.733 e ADO nº 26, é um excelente laboratório para verificar-se a potencialidade do mandado de injunção como um instrumento em prol da mobilização do direito e da democracia participativa complementar, necessária quando o modelo representativo vir a padecer de algum vício que inviabilize o regime democrático.

Independentemente das críticas mais técnicas acerca do manejo adequado desta ação constitucional, o fato incontestável foi que o movimento LGBTQIA+ conseguiu, por meio deste remédio constitucional, alcançar uma pauta entravada de maneira abusiva pelo Legislador

ordinária, tendo em vista já ter passado, a muito, o tempo razoável para debater e decidir sobre a criminalização dos atos discriminatórios por identidade de gênero e orientação sexual.

Além disso, o MI nº 4.733 abre uma janela de oportunidade excelente para se debater os limites técnicos ainda fluídos desse instrumento constitucional, a fim de direcionar o seu amadurecimento pelo caminho da democracia participativa pela via judicial, complementar e não usurpadora das competências dos canais tradicionais de participação política.

De logo, cabe pontuar acerca da contribuição deste estudo de caso para que se possa debater sobre a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade das omissões constitucionais derivadas dos tratados internacionais, em especial, aqueles que versam sobre direitos humanos. Sobre essa questão, construiu-se a argumento de que, apenas será possível tratados internacionais serem objeto do mandado de injunção se estes tiverem natureza constitucional, tendo em vista que este remédio constitucional atua tão somente sobre omissões normativas que prejudicam direitos subjetivos constitucionais.

O STF, atualmente, entende que, mesmo os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, caso não supram as formalidades previstas no art. 5º, § 3º, CF/88 não teriam *status constitucional*, estando hierarquicamente acima da legislação ordinária e abaixo da Constituição, não sendo, desse modo, aptos a serem tratados em âmbito de mandado de injunção na perspectiva dessa pesquisa.

Ocorre que, valendo-se do art. 5º, §§ 1º e 2º, CF/88, essa pesquisa filia-se ao entendimento de que tratados internacionais que consagrem direitos humanos têm *status constitucional*, pois o Texto Constitucional é claro ao determinar que *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. Assim, direitos humanos consagrados em tratados internacionais cujo Brasil é signatário compõem o bloco de constitucionalidade, podendo ser objeto de controle de constitucionalidade.

Assim, reconhece-se a existência do direito constitucional subjetivo à criminalização da homofobia derivado dos tratados internacionais cujo Brasil é signatário, bem como o dever de punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (V. art. 5º, XLI, CF/88) que justificariam a impetração do mandado de injunção.

Contudo, em que pese reconhecer o mandado de criminalização, identificável, inclusive, pelo *princípio da proporcionalidade no sentido de proibição de insuficiência*, não se pode derrubar importantes conquistas penais e processuais penais, devendo respeito a essas barreiras sistêmicas dos *princípios da legalidade, da reserva legal, da vedação de analogia in malam partem e da intervenção mínima do direito penal*.



Destarte, a existência de mandados de criminalização autoriza, quando muito, o reconhecimento formal da omissão normativa inconstitucional do legislador ordinário, não tendo o condão de autorizar o Judiciário a definir a conduta incriminada, nem dizer sobre o conteúdo da sanção. A arquitetura constitucional é clara ao determinar que a fonte material criadora do Direito Penal e do Processo Penal é da União, por meio do Congresso Nacional (V. art. 22, I, CF/88). Trata-se de competência privativa. O mesmo raciocínio se aplica ao fenômeno tributário por conta do *princípio da legalidade tributária*.

Assim, para que as condutas homotransfóbicas possam ser consideradas crimes e não apenas mandados de criminalização, é necessário que haja um tipo penal incriminador. Na tentativa de transpor a barreira da *legalidade formal* (V. art. 5º, XXXIX, CF/88), apresentou-se o argumento de que o *conceito jurídico de racismo* haveria se modificado, por meio da *mutação constitucional*, transformando-se em um termo geral de combate a qualquer ato discriminatório, independentemente da sua motivação, enquadrando as condutas homotransfóbicas como uma espécie do gênero racismo.

Neste momento, identifica-se um possível limite para os efeitos concretistas do mandado de injunção, a competência constitucional privativa para dispor sobre determinadas matérias, como penal e tributária. Regulamentar essas questões é ato exclusivo e privativo daqueles que a Constituição determinou a competência. Assim, mesmo o padrão concretista estando consolidado, não pode vir o mandado de injunção a avançar sobre essas matérias que diferentemente das demais tem essa barreira estrutural a mais, sob pena de, aí sim, desrespeitar a separação de poderes determinada pela ordem constitucional brasileira.

Outra limitação que se pode debater a partir do MI nº 4.733 é acerca do amadurecimento da *teoria da mutação constitucional* como critério para identificar as omissões parciais passíveis de serem objeto do mandado de injunção, principalmente, quando for *omissão constitucional por falta de atualização ou aperfeiçoamento da norma* ou *omissão parcial por violação do princípio da isonomia*, pois são enredos em que a inconstitucionalidade da norma pode se dar devido a alteração da norma, mas sem a modificação formal do texto.

A proposta é que a *teoria da mutação* venha a ser aplicada aos moldes pensados por Konrad Hesse que a desenvolveu sobre a *metódica estruturante de Müller*. A intenção é que a alteração informal dos conceitos jurídicos constitucionais aconteça da maneira mais controlável possível, respeitando a racionalidade jurídica, de maneira a barrar ímpetos voluntaristas pautados meramente em pressão política.

Pretende-se, assim, que a *teoria da mutação constitucional* sirva para resguardar os escopos constitucionais e não apenas fundamentar posições pautadas tão somente em fatores

reais de poder, retirando a força normativa da Constituição. Busca-se, assim, garantir um mínimo de estabilização, racionalização e limitação do poder de alteração o Texto Maior pela via informal.

Nesse sentido, propõem-se que quando se recorrer ao argumento da *mutação constitucional* que seja feita a análise se a mudança que pretende-se aplicar no conceito jurídico constitucional em apreço encontra respaldo no *programa da norma* que entende ter sido alterada informalmente pelas alterações das condições sociais, ou seja, verificar se as mudanças fáticas podem ser traduzidas em termos jurídicos, a fim de gerar a mudança do conceito jurídico pretendido, realizando, assim, uma análise sociojurídica do fenômeno da *mutação constitucional* e não apenas sociológica, desconsiderando a racionalidade jurídica aplicável. A *mutação constitucional* deve ser motivada por uma alteração “no interior” da norma e não por motivações externas a sua *normatividade*.

O argumento da mutação constitucional do conceito jurídico de racismo retrata bem esse debate acerca da necessidade do amadurecimento desta teoria. Conforme analisado, o *programa normativo* do conceito ontológico-constitucional do termo racismo não suporta a mutação constitucional pretendida, isso significa que os eventos fáticos da realidade não conseguem ser traduzidos dentro da racionalidade jurídica do sistema.

A ordem constitucional brasileira de 1988 é filiada ao conceito de *legalidade formal*, portanto, não há espaço para o raciocínio de que, por meio da *interpretação conforme*, seria possível identificar uma conduta criminosa, na medida em que esta fosse lesiva a interesse juridicamente protegido, o qual somente teria respaldo num sistema jurídico que fosse adepto da tese da *legalidade material*, o que não é o caso. O Judiciário não tem o condão de criminalizar condutas por uma barreira constitucional.

Mesmo que seja uma saída criativa que poderia ter respaldo em outros sistemas jurídicos, alegar que houve a mutação constitucional do termo racismo, a fim de ampliar a sua abrangência fática em matéria penal, na ordem constitucional brasileira atual é inviável, pois tal expansão não encontra respaldo no *programa da norma* do conceito jurídico de racismo, que deve continência, tanto ao teor literal da norma constitucional que está descrito (art. 5º, XLII, CF/88), como a todo o ordenamento jurídico que determina a competência privativa e exclusiva da União para dispor sobre matéria penal.

Conforme já afirmado, a separação dos poderes é uma construção particular de cada ordenamento jurídico. No caso brasileiro, há a autorização para o Judiciário atuar como legislador positivo excepcional quando o Legislador faltar com suas obrigações institucionais e insistir numa omissão normativa inconstitucional prejudicial a direito constitucional subjetivo

de qualquer cidadão.

Ocorre que, além desse autorizativo, a separação de poderes/funções brasileira também determina que cabe a União exclusiva e privativamente dispor sobre matéria penal, logo, harmonizando as duas colocações, ao ver dessa pesquisa, não seria possível, mesmo valendo-se dos efeitos concretistas do mandado de injunção, o Judiciário vir a avançar sobre matéria penal, sob pena de extrapolar sua competência.

Assim sendo, acredita-se que esta pesquisa tenha sido clara acerca do seu posicionamento técnico sobre a decisão do MI nº 4.733 no sentido de que o caso da criminalização da homofobia pela via judicial não encontra espaço diante das possibilidades jurídicas, sendo aquela hipótese que Hesse levantou na qual o instrumental jurídico não suporta as mudanças sociais, enredo que apenas poderia ser superado adequadamente pela via da reforma formal da Constituição. Contudo, isso não desmerece o potencial do mandado de injunção em vocalizar uma aspiração legítima de qualquer agente social por meio da mobilização do Direito e em prol de uma democracia participativa pela via judicial.

Em suma, em que pese a decisão do STF em reconhecer a criminalização da homofobia ter de fato dado voz a uma aspiração política de mais de 30 anos da militância LGBTQIA+, ao ver dessa pesquisa, tal decisão não pode ser considerada como um exemplo perfeito e adequado de democracia participativa pela via judicial, pois pautou-se no uso abusivo da técnica da mutação constitucional, aproximando-se muito do uso inicial dessa teoria, conforme acontecia na doutrina alemã, ultrapassando os limites da racionalidade jurídica ao atropelar garantias constitucionais penais e processuais penais, como o *princípio da reserva legal*.

Além disso, serviu o referido julgado para se ponderar sobre os limites dos efeitos concretistas do mandado de injunção. Segundo a Lei nº 13.300/16, via de regra, o padrão decisório desta ação constitucional é o *concretista individual intermediário* (Art. 8º, I e II, L. 13.300/16), porém, ao ver dessa pesquisa, existem matérias que, mesmo padecendo dos efeitos negativos da inércia legislativa, não poderiam ser supridas pela injunção judicial, pois a arquitetura constitucional determinou que são de competência exclusiva e privativa do legislador competente, como é o caso da matéria penal.

Mesmo que se tenha a melhor das intenções no sentido de desejar dar uma resposta positiva à militância LGBTQIA+, isso não significa a submissão da força normativa e da identidade da Constituição aos fatores reais de poder. É necessário estar sensível às demandas sociais, porém isso não implica no abandono da racionalidade jurídica da decisão em prol de uma análise puramente social, por isso, ao ver dessa pesquisa, o caso da criminalização da homofobia não pode ser considerado um exemplo perfeito de exercício da democracia

participativa pela via judicial, mas não deixa de ser um exemplo notório desta.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Carlos Augusto Machado de. **O direito à antidiscriminação de pessoas LGBT**: análise das estratégias normativas para o enfrentamento da homofobia. 2016. 135 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2016.

ANDERSEN, Ellen Ann. **Out of the closets and into the courts**: legal opportunity structure and gay rights litigation. Michigan: The university of Michigan Press, 2005.

BARROS, Clemilton da Silva. **A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção**: análise da jurisprudência do STF acerca do art. 40, §4º, da CF. Campinas: Servanda Editora, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ivens Granda. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1989. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEÇAK, Rubens. A separação de poderes, o tribunal constitucional e a “judicialização da política”. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Mandado de injunção na tutela de direitos sociais**. Salvador: JusPodivum, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução: Daniela Beccaria Versiani. Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; FRANCO, Karina Marzano. Comentários ao art. 5º, §§ 1º ao 3º. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; ANGRA, Walber de Moura (Coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal do Pleno. **ADI 4.277**. Rel. Ayres Britto, j. 05-05-2011, DJ 14-10-2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal do Pleno. **MI 4733**. Rel. Edson Fachin, j. 13-06-2019, DJ 29-09-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal do Pleno. **ADO 26**. Rel. Celso de Mello, j. 13-06-2019a, DJ 06-10-2020.

BRITO, Débora. Projetos sobre direitos LGBT caducam sem análise no Congresso. **JOTA**, Brasília, 26 de junho de 2021. Disponível em:< <https://www.jota.info/legislativo/projetos-sobre-direitos-lgbt-caducam-sem-analise-no-congresso-28062021>>. Acessado em: 01 de janeiro de 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAIXETA, Gabriel Ricardo Jardim. **Silêncio legislativo, liberdade para legislar e omissão inconstitucional**. 2015. 178 f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara**, 2022. PL 580/2007 - Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. Disponível em:< <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=346155>>. Acessado em: 01 de fevereiro de 2022.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHO, Feliciano. **O bloco de constitucionalidade brasileiro**. 2016. 325 f. Tese (Doutor em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COUTINHO, Raianne Liberal. Judiciário e democracia: é possível a participação da sociedade nas decisões judiciais?. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], n. 13, p. 180–189, 2017. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/13466>. Acesso em: 24 jun. 2021.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito & a justiça**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 12.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIAS JÚNIOR, Eteócles Brito Mendonça; LIMA, Ricardo Alves de. Indicativos ou mandados constitucionais de criminalização. **Fronteiras interdisciplinares do direito**. n. 1. v. 2, 2020. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>>. Acessado em: 11 de novembro de 2021.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LACERDA, Danilo Moura. União homoafetiva: uma análise sobre a correção hermenêutica do julgamento da ADPF 132-RJ e ADI 4277-DF. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**. Canoas, v.6, n. 1, p. 191-207, mai. 2018. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4296/0>>. Acessado em: 08 de novembro de 2021.

FANTI, Fabiola. **Mobilização social e luta por direitos: um estudo sobre o movimento feminista**. 2016. 213 f. Tese (Doutora em Ciências Sociais) – Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Campinas, 2016.

FARIAS, Clovis Renato Costa. O papel dos movimentos sociais como ferramenta de justiça e emancipação social: um diálogo entre Boaventura de Sousa Santos e Zygmunt Bauman. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 8, n. 12, p. 28-48, dez. 2010. ISSN 2447-6641. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/825>>. Acesso em: 27 mar. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v8i12.p28-48.2010>.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista USP**, n. 21, p. 12-21, 30 maio 1994.

FERREIRA, Pinto. **Manual de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONSECA, João Francisco N. da. **O processo do mandado de injunção**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. V. 1. 13. ed. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRANDIN, Felipe; OLIVEIRA, Leandro; ESTEVES, Rodrigo. Percentual de voto nulo é o maior desde 1989; soma de abstenções nulos e brancos passa de 30%. **G1**. [S.I.], 28 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/eleicao-em-numericos/noticia/2018/10/28/percentual-de-voto-nulo-e-o-maior-desde-1989-soma-de-abstencoes-nulos-e-brancos-passa-de-30.ghtml>>. Acesso em: 25 de junho de 2021.

GROTERHORST, Rebecca. **Direitos sociais e proporcionalidade: análise da doutrina e da**

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2015. 147 f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2015.

GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GUIMARÃES JÚNIOR, Juraci. **O controle judicial de constitucionalidade da democracia participativa na lei de iniciativa popular**: um estudo de caso a partir do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da (in)constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa em relação à presunção de inocência e à irretroatividade das leis. 2015. 92 f. Dissertação (Mestre) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2015.

HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. **The federalist**. Indiana: Liberty Fund. Inc., 2001.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução: Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

JACEGUARA, Dantas da Silva Passos. **Mandados de criminalização decorrentes de tratados de direitos humanos**. 2011. 290 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo, 2011.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A Crise da Democracia Representativa no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, dez. 2016. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/61967>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

LANÇA, José André Alves. **Mutação constitucional**: fundamentação e limites à luz da hermenêutica filosófica e da teoria estruturante do direito. 2014. 161 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>>. Acesso em: 30 Mar. 2020.

LOSEKAN, Cristiana; BISSOLI, Luiza Duarte. Direito, mobilização social e mudança institucional. **Revista brasileira de ciências sociais**. v. 32, n. 94, junho. 2017. Disponível em:< <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/nRsJGjbdZkxM3tJmL4DdGYs/?lang=pt>>. Acessado em: 15 de janeiro de 2022.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 26, n. 101, jan./mar. P. 115-134, 1989. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181900>. Acessado em: 31 de ago. de 2021.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MALUF JÚNIOR. **Metódica estruturante e ordem econômica**: análise de argumentos da jurisprudência do STF. 2013. 124 f. Dissertação (Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2013.

MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. v. 10. nº 29, out. 1995. Disponível em: <<https://www.anpocs.com/index.php/publicacoes-sp-2056165036/rbcs/208-rbcs-29>>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MARTINS, Sandra Regina Carvalho. **Uniões homoafetivas: da invisibilidade à entidade familiar**. 2015. 327 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2015.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MCCANN, Michael W. O poder judiciário e mobilização do direito: uma perspectiva dos “usuários”. **Revista da EMARF**, p. 175-196, dez. 2010. Disponível em: <<https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfseminario.pdf>> Acessado em: 20 de dezembro de 2021.

MEIRELLES, Helly Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Bruna de Oliveira. **A democracia constitucional e as teorias do diálogo institucional**. 2014. 112 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 224 f. Tese (Doutor em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCHUSP), São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. T. I.

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOTT, Luis. Homo-afetividade e direitos humanos. **Estudos feministas**, p. 509-521, maio-agosto 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ref/a/SHK7rsPKfFM6w9jvrWKswbM/?lang=pt#>>. Acessado em: 07 de janeiro de 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**. 2017. 301 f. Tese (Doutor em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza. 2017.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa de. **Controle da omissão estatal em direitos fundamentais: conteúdo, estrutura e o problema da justiciabilidade dos deveres de proteção**. 2013. 163 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de injunção: da inconstitucionalidade por omissão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, João Guilherme Marcondes de. **Do caráter aberto dos tipos penais: revisão de uma dicotomia**. 2010. 257 f. Dissertação (Mestre em Direito Penal) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2010.

QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PARIS, Michael. **Framing equal opportunity: law and the politics of school finance reform**. California: Stanford University Press, 2009.

PASSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares. **Mutação constitucional: à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto: Juruá editorial, 2019.

PAULA, Carolina Gattolin de. **A atuação do STF no pós-88: impacto sobre o equilíbrio entre os poderes**. 152 f. Dissertação (Mestre em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), São Paulo, 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. A mutação constitucional no direito público do império alemão: contribuição de Laband e Jellinek. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39557/32672>>. Acessado em: 03 de dezembro de 2020.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PUCCINELI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: um estudo comparado. **Revista da AGU**. v. 17, n. 02, p. 295-320, abr./jun., 2018. Disponível em: <[https://sigaa.ufma.br/sigaa/public/programa/noticias\\_desc\\_stricto.jsf?lc=es\\_ES&idPrograma=1161&noticia=189936401](https://sigaa.ufma.br/sigaa/public/programa/noticias_desc_stricto.jsf?lc=es_ES&idPrograma=1161&noticia=189936401)>. Acessado em: 24 jun. 2021.

ROCHA, Bárbara Rodrigues. **Estado democrático de direito no Brasil: a crise da representatividade e a democracia participativa como mecanismo para o seu efetivo exercício**. 2014. 153 f. Dissertação (Mestre em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2014.

RODRIGUES, Jorge Luiz Pinto. A imprensa gay do Rio de Janeiro: linguagem verbal e linguagem visual. GROSSI, Miriam, et. al. **Movimentos sociais, educação e sexualidade**, Rio de Janeiro: Garamond, 2005. Disponível em: <<https://navi.ufsc.br/files/2017/11/M%C3%8DDIA-E-SEXUALIDADES-BREVE-PANORAMA-DOS-ESTUDOS-DE-M%C3%8DDIA.pdf>>. Acessado em 08 de janeiro de 2022.

RUIBAL, Alba. Movilización y contra-movilización legal: propuesta para su análisis em América Latina. **Política y gobierno**. n. 1, v. XXII, 1 semestre 2015, p. 175-198. Disponível em: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-20372015000100006](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372015000100006)>. Acessado em: 23 de dezembro de 2021.

SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. **Comentários à nova constituição brasileira**. São Paulo: Atlas, 1989.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTIAGO, Alex. O julgamento da ADO nº 26/DF e a criminalização da homotransfobia pelo STF: Avanço ou retrocesso em garantias?. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge...[et.at.]. **Supremos Erros: decisões inconstitucionais do STF**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020, p. 207-221.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Mandado de injunção: estudos e considerações**. São Paulo: Editora Paumape S.A, 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2012.

SCHEINGOLD, Stuart. **The politics of rights: lawyers, public policy and political change**. 2. ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2004.

SCHWAB, Jean-Luc; BRAZDA, Rudolf. **Triângulo rosa: um homossexual no campo de**

concentração nazista. 2. ed. São Paulo: Mescla, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. **O novo regime jurídico da ação de inconstitucionalidade por omissão**: a Lei brasileira n. 12.063 de 27 de outubro de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo Bittencourt. Assembleia nacional constituinte de 1987-1988: análise crítica. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 61-130.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Marcos Valdir. **Transcendendo o ideário do Arco-Íris**: da invisibilidade à efetivação de direitos. 2009. 133 f. Dissertação (Mestre em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. O conflito entre princípios na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller. **Revista Jurídica – Unicuritiba**. vol. 04, n. 45, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1848/1220>>. Acessado em: 08 de dezembro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi**. N. 7, p. 45-68, 2007. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acessado em: 04 de dezembro de 2020.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A Relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar: revista de ciências jurídicas**. Universidade de Fortaleza - Ano 2013, v. 18, n. 3, mes SET/DEZ, páginas 737-758.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SPENCER, Colin. **Homossexualidade**: uma história. Tradução de Rubem Mauro Machado. Rio de Janeiro: Record, 1996a.

SPENCER, Colin. **Homosexuality in History**. New York: Harcourt Brace & Company, 1996b.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básico de direito penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Tratados equivalentes a emendas constitucionais. **PLANALTO**, 2021. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1#acontent>>. Acessado em: 03 de novembro de 2021.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. n. 36, p. 27-76, 1999. Disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1122>>. Acessado em: 27 de outubro de 2021.

URBINATI, Nadia. **Representative democracy: principles and genealogy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

URRUTIA, Ana Victoria Sanches. Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de La Constitución: una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 85, p. 105-135, ene./abr., 2000.

VECCHI, Cristiano Brandão. **Mutação constitucional: a origem de um conceito problemático**. 2005. 149 f. Dissertação (Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional) – Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

VECCHIATI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filha. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIANA, Azilton Ferreira. **A produção científica acerca da temática LGBT: um estudo propedêutico nas teses e dissertações na UFMG**. 2017. 145 f. Dissertação (Mestre em Ciência da Informação) – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2017.

VIANNA, Luiz Werneck, et.al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Linha de pesquisa acadêmica: diálogo institucional e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Revista Sequência – PPGD UFSC**. v. 03, n. 05, 1985. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.