

RECEBIDO EM: 01/12/2019

APROVADO EM: 14/12/2019

PROTEÇÃO À VULNERABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A DEFESA DA POPULAÇÃO LGBTI+

VULNERABLE GROUPS IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT: THE PROTECTION OF THE LGBTI+ COMMUNITY

Patrícia Perrone Campos Mello

Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

*Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário
de Brasília (UnICEUB). Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.*

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 Grupos Vulneráveis e Minoritários; 2 Jurisdição Constitucional e Standards Especiais de Proteção; 3 A Tutela da População LGBTI+ na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 3.1 Reconhecimento das Uniões Homoafetivas (ADI 4277 e ADPF 132);

¹ O presente artigo se vincula ao grupo de pesquisa “Cortes Constitucionais e Democracia”, do Programa de Doutorado e Mestrado da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília – UnICEUB. Uma versão resumida dele foi objeto de apresentação perante o Seminário Internacional “Desafíos Democráticos y Derechos Humanos en Contextos de Diversidad Cultural” da Universidad Autónoma de Chile, em julho de 2019.

3.2 Equiparação entre Regimes Sucessórios de Cônjuges e Companheiros do Mesmo Sexo (Re 646.721); 3.3 Direito das Pessoas Transgênero à Alteração de Prenome no Assento de Nascimento (ADI 4275); 3.4 Criminalização da Homofobia e da Transfobia (ADO 26 e MI 4733); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de examinar o comportamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na tutela de grupos minoritários e vulneráveis, notadamente no que respeita à população LGBTI+. Pretende-se demonstrar que, por se tratar de grupo especialmente sujeito à discriminação e à violência, que não logra ter seus interesses tutelados no âmbito da política majoritária, o STF reconheceu-se como *locus* especial e qualificado para a sua proteção. Com esse propósito o artigo examina: (i) os conceitos de grupos minoritários e vulneráveis; (ii) o papel desempenhado pela jurisdição constitucional na sua defesa; e (iii) os casos paradigmáticos decididos pelo STF em favor da população LGBTI+ durante a vigência da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Grupos vulneráveis. Grupos minoritários. População LGBTI+. Precedentes. Direitos Fundamentais. Democracia Constitucional.

ABSTRACT: This paper aims to examine the behavior adopted by the Brazilian Supreme Court in the protection of minority and vulnerable groups, notably with respect to the LGBTI+ community. It demonstrates that because it is a group especially subject to discrimination and violence, which does not manage to have its interests protected in the majoritarian instances, the Court has recognized itself as a qualified *locus* for the protection of its members. For this purpose, the article examines: (i) the concepts of minority and vulnerable groups; (ii) the role played by constitutional jurisdiction the defense of the LGBTI+ people; and (iii) the leading cases decided by the Court concerning this group, under de 1988 Constitution.

KEYWORDS: Vulnerable groups. Minority groups. LGBTI+ community. Precedents. Fundamental rights. Constitutional democracy.

INTRODUÇÃO

O Brasil é o país que mais mata transexuais e homossexuais no mundo em números absolutos, conforme ranking da Transgender Europe². E não é improvável que tais números estejam subdimensionados, tendo em vista a escassez de dados sobre o tema. De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA, estima-se que transexuais e travestis têm expectativa média de vida em torno de 30 (trinta) anos, no Brasil, contra os 75 (setenta e cinco) anos de expectativa média de um brasileiro³. A despeito disso, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais e demais grupos – designados, em seu conjunto, população LGBTI+⁴ – enfrentam enorme dificuldade de reconhecimento de seus direitos no Congresso Nacional, onde políticas públicas e projetos de lei que têm por objeto a sua proteção simplesmente não avançam⁵.

O presente trabalho tem o objetivo de examinar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal (“STF” ou “Tribunal”) na defesa da população LGBTI+. Pretende-se demonstrar que o Tribunal, durante a vigência da Constituição de 1988, desenvolveu um comportamento especialmente protetivo com relação a esse grupo, assumindo a tarefa de concretizar direitos que não estavam encontrando acolhida no espaço da política majoritária.

O artigo seguirá o seguinte roteiro. Na primeira e na segunda seção, abordará brevemente o conceito de grupos vulneráveis e de minorias, demonstrando que se trata de categoria que autoriza um comportamento mais protetivo e ativista por parte dos tribunais. Na terceira seção, apresentará um panorama geral do ordenamento jurídico brasileiro na matéria. Na quarta seção, desenvolverá um estudo de casos, com o propósito de examinar os principais julgados do Supremo Tribunal Federal neste tema, demonstrando como o Tribunal vem progressivamente avançando na defesa da população LGBTI+.

-
- 2 O estudo a que se alude traz números sobre homicídios de “trans and gender-diverse people” a partir do ano de 2008. V. TGEU – Transgender Europe (2017).
 - 3 V. Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017, jan. 2018. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2019.
 - 4 O símbolo + tem o propósito de referenciar todas as expressões de identidade, sexualidade e/ou gênero não abrangidas explicitamente na sigla LGBTI. V. Gaylatino e Aliança Nacional LGBTI (2017).
 - 5 Cf., a título ilustrativo, o Projeto de Lei 7562/2014, que define os crimes de ódio e intolerância; o Projeto de Lei 7292/2017, que prevê o LGTBcídio; e o Projeto de Lei 5002/2013, que dispõe sobre o direito à identidade de gênero.

1 GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORITÁRIOS

A *vulnerabilidade* é uma condição presente em todas as pessoas. A fragilidade, a finitude, a destrutibilidade são traços comuns aos seres humanos. Todos podem sofrer violações. Todos morrerão um dia (MARINO MENÉNDEZ, 2001, p. 19). Há, contudo, grupos de pessoas que ostentam uma condição de maior debilidade e de menor capacidade de autodefesa diante de tais vulnerações. Trata-se de grupos que, de modo geral, destoam do padrão – étnico, racial, cultural, sexual, religioso, social ou econômico – dominante em uma sociedade e que, em virtude disso, são especialmente estigmatizados (MARTÍN RODRIGUEZ, 2015, pp. 517-534).

Nesses termos, quando se alude a grupos vulneráveis, pretende-se aludir a coletividades compostas por pessoas que encontram obstáculos sociais e jurídicos, *graves e específicos*, que as impedem de ostentar igualdade de direitos com os demais membros de uma comunidade; pessoas que, de modo geral, têm seus direitos sistemática e historicamente desrespeitados; que têm dificuldade de se fazer representar nas instâncias majoritárias e de ter voz no espaço público. Justamente por apresentarem uma especial condição de vulnerabilidade, demandam o desenvolvimento de *técnicas jurídicas específicas*, orientadas a restringir a sua submissão à dominação, exploração, discriminação e exclusão e a assegurar a sua dignidade, autonomia e igualdade (MARINO MENÉNDEZ, 2001, p. 21).

É com esse sentido que se aludirá a grupos vulneráveis ou minoritários neste trabalho. Não se desconhece que alguns autores diferenciam os dois termos. Tampouco se ignora a enorme controvérsia existente sobre o conceito de minoria e a multiplicidade de definições que ele suscita (PÉREZ DE MADRID, 2004, pp. 28-36). Sem prejuízo disso, adota-se aqui o conceito de minoria para aludir a todo e qualquer grupo de pessoas que, *independentemente de ser mais ou menos numeroso*, encontra-se em *posição de sujeição* na sociedade. Alude-se, nessa medida, a cidadãos que não chegam a fruir dos mesmos direitos que os demais, em condições de *igualdade*, por possuírem uma identidade distinta daquela que é a identidade dominante e, eventualmente, por desejarem preservar seu *direito à diferença*.

Partimos, portanto, de um conceito não quantitativo de minoria, que na prática e para os fins presentes, a equipara a grupo vulnerável. A razão de ser desta escolha está em que, de modo geral, os mesmos fundamentos que justificam a proteção de grupos vulneráveis justificam igualmente a proteção de grupos minoritários, independentemente de considerações quantitativas, a saber: a preservação da dignidade, da igualdade e do direito

à diferença, em uma sociedade democrática, plural e inclusiva (FAUNDES, 2019; FAUNDES, 2015).

Para os fins do presente trabalho, portanto, consideramos grupos vulneráveis ou minoritários as coletividades de indivíduos que reúnem as seguintes condições: (i) destoam do padrão social dominante e, em razão disso, são estigmatizados; (ii) detêm um *status* inferior ao *status* dos demais cidadãos no que respeita ao exercício de seus direitos, sendo alvo de práticas discriminatórias; (iii) têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária; (iv) em razão de tais circunstâncias, demandam do Estado o desenvolvimento de técnicas de proteção específicas para promover a sua defesa e assegurar a sua igualdade material⁶.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E STANDARDS ESPECIAIS DE PROTEÇÃO

Em uma democracia, espera-se que a política majoritária seja o espaço principal em que é travada a luta por direitos. É, portanto, no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos por representantes eleitos pelo voto popular, que os cidadãos podem e devem buscar o reconhecimento de seus interesses. A democracia está intimamente relacionada à ideia de soberania popular e de autogoverno e, por conseguinte, de que todos participem da produção das leis que regerão a comunidade, diretamente ou através de seus representantes.

A democracia, contudo, não se reduz ao princípio majoritário. Para que se tenha verdadeiramente uma democracia, não basta assegurar a prevalência da vontade de determinada maioria. É preciso assegurar, igualmente, que o conjunto mais amplo de pessoas possa participar do processo de formação de tal vontade majoritária (MÜLLER, 2003, pp. 47-90). Nessa medida, o respeito a direitos fundamentais constitui uma pré-condição para a própria existência do processo democrático. Onde não há direitos políticos iguais para todos os cidadãos, livre circulação da informação ou liberdade de expressão, não haverá democracia ainda que se respeite um processo de deliberação majoritária (ELY, 1980, pp. 73-183). A democracia pressupõe a inclusão do número mais amplo de pessoas e a possibilidade de que todas elas exerçam influência sobre o processo decisório em igualdade de condições. Há, portanto, uma relação

6 Para a relação entre igualdade material, redistribuição e reconhecimento de grupos minoritários, v. Honneth (1997); Honneth (2006); Sarmento (2016).

de implicação recíproca entre democracia e direitos fundamentais (NINO, 2003; DWORKIN, 2003; DWORKIN, 2000)⁷.

Por isso e, ainda, porque os direitos fundamentais representam um mínimo ético sem o qual se nega a própria dignidade e humanidade dos sujeitos, entende-se que tais direitos devem ser protegidos inclusive contra maiorias transitórias, uma vez que nem mesmo essas maiorias podem sacrificá-los. É justamente esse critério que orienta o entricheiramento de determinados direitos por meio de normas constitucionais. A rigidez da constituição impõe a necessidade de maiorias especialmente qualificadas para a aprovação de emendas e sujeita eventuais normas limitadoras de direitos fundamentais ou do adequado funcionamento do processo democrático ao controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional é, nesses termos, um instrumento de tutela de direitos fundamentais e, portanto, também da democracia. É justamente em virtude de tais argumentos que uma corte constitucional pode proferir decisões contramajoritárias, que invalidam deliberações dos representantes do povo, sem que se lhes possa imputar a pecha de antidemocráticas. Isso porque, ao protegerem direitos fundamentais e o adequado funcionamento do processo democrático, as Cortes agem na defesa das condições para a existência da democracia. O debate sobre os limites do exercício de tal jurisdição constitucional e de quão deferente ou, ao contrário, ativista deve ser uma Corte não apresenta respostas unívocas e extrapola o objeto do presente trabalho.

Defende-se, contudo, que, no que respeita a grupos vulneráveis e minoritários, as cortes constitucionais e supremas cortes podem e devem funcionar com base em um standard mais ativista e, portanto, com menor deferência às deliberações majoritárias. É que esses grupos têm, por definição, menor acesso e menor voz no âmbito das instâncias representativas. Não conseguem ter seus direitos reconhecidos. São estigmatizados e tratados em condições de desigualdade comparadamente aos demais cidadãos. Dependem, portanto, da jurisdição constitucional como principal e, às vezes, como único canal de acesso institucional, para ter seus pleitos ouvidos e para buscar uma inclusão que é pré-condição para sua participação na vida democrática. Nessa medida, cortes constitucionais e supremas cortes são agentes essenciais para a proteção de tais grupos

7 As perspectivas dos autores referenciados nesse parágrafo não são idênticas, mas são complementares para a compreensão da relação de implicação recíproca entre direitos fundamentais e democracia, abrangendo aspectos procedimentais, substanciais e deliberativos de tal relação.

e devem buscar *técnicas especiais de proteção* para seus direitos (SOUZA NETO, 2014; BARROSO, 2018, pp. 2171-2228).

A pergunta que se coloca neste trabalho é em que medida tais reflexões são aplicáveis ao Supremo Tribunal Federal, ou, ainda, e se o Tribunal efetivamente desempenha tal função protetiva, no que respeita à população LGBTI+, nos moldes descritos acima.

3 A TUTELA DA POPULAÇÃO LGBTI+ NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 foi a Carta que operou a transição do Brasil, após dezenas de anos de ditadura, para um regime democrático (BARROSO, 2018; MELLO, 2018, pp. 95-118). Trata-se de um texto longo e analítico, integrado por mais de duzentos dispositivos, que constitucionalizou um universo amplíssimo de matérias e teve a preocupação de contemplar os direitos dos mais distintos grupos que compunham a sociedade brasileira (BARROSO, 2019a, pp. 418-420; SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, pp. 155-182). No que respeita especificamente à população LGBTI+, dois conjuntos de dispositivos são relevantes para compreender a tutela que lhe seria outorgada ao longo da vigência da Constituição.

Em primeiro lugar, a Constituição de 1988 contemplou normas de ordem geral que afirmaram: que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF); que constitui objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, CF); que a todos é assegurada a liberdade, a igualdade (art. 5º, CF), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF); que a lei punirá toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XLI, CF); e que os direitos previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF).

Em segundo lugar, a Constituição estabeleceu uma série de dispositivos que reconheceram a família como um *locus* essencial de proteção pelo Estado, por ter reconhecido tratar-se de uma instituição fundamental para o desenvolvimento do indivíduo e para a sua plena realização. Nessa medida, a Constituição previu o reconhecimento de novas formas de família, diversas daquelas constituídas por meio do casamento, tais como a união estável entre o homem e a mulher e a família monoparental (art. 226, §§ 3º e 4º, CF). Atribuiu, ainda, a tais entidades o dever de assegurar, com

absoluta prioridade, o desenvolvimento das crianças e jovens (art. 227, CF). Como se verá ao longo deste trabalho, esses dispositivos constituíram a base para a tutela da população LGBTI+ nos anos que se seguiram.

Por outro lado, o comportamento judicial apresentado pelo STF, na implementação da Constituição de 1988, pode ser dividido em, ao menos, dois grandes momentos: (i) um primeiro momento de autocontenção (entre 1988 e 2000); e (ii) um segundo momento de expansão (a partir de 2000) (MELLO, 2018, pp. 95-118; ARGUELHES, 2015). A fase autocontida corresponde aos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 e é explicada por alguns fatores. O STF pós-Constituição de 1988 se compunha por Ministros que foram nomeados durante a ditadura. Em razão de suas próprias contingências históricas, não se tratava de uma corte com tradição de implementação de direitos (BARROSO, p. 24). Além disso, a educação e a compreensão do papel do juiz, à época, eram mais formalistas e expressavam uma visão mais tradicional do dogma da separação dos poderes.

Não bastasse isso, o primeiro momento de vigência da Constituição coincidiu com a transição para a democracia, oportunidade em que havia uma especial preocupação em não produzir decisões que pudessem desestabilizar o ambiente público e comprometer a consolidação do regime democrático (ARGUELHES, 2015, pp. 211-244). A própria apreciação de demandas sobre direitos fundamentais – em especial aqueles violados durante o regime militar – inspirava cautela. Não surpreende, portanto, que os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 sejam relativamente pobres nesse tema (MELLO, 2018, pp. 95-118).

A situação começa a se alterar a partir dos anos 2000 (MELLO, 2018, pp. 95-118). Passados doze anos de vigência da Constituição, a democracia se encontrava razoavelmente consolidada⁸. Entre 1988 e 2002, 82% da composição do Tribunal se alterou. Nove ministros (de onze) foram substituídos⁹. No final de 2006, o STF havia passado por uma renovação de 100% dos seus membros¹⁰. Os novos ministros trouxeram consigo uma nova visão do direito e do papel do intérprete, que se expressou,

8 O Brasil já havia passado pelo impeachment de um Presidente da República (por corrupção) e por múltiplos planos econômicos voltados à estabilização de um regime inflacionário gravíssimo, com uma preservação do funcionamento das instituições democráticas (VILHENA VIERA, 2002).

9 Permaneceram os Ministros Moreira Alves e Sidney Sanches (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

10 V. Linha sucessória dos Ministros (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017).

no plano dogmático, pela consolidação da doutrina da efetividade e do neoconstitucionalismo.

A doutrina da efetividade prega a ideia de que todas as normas constitucionais são normas e, como tais, podem ter seu cumprimento exigido perante o Judiciário. Pode parecer curioso, mas houve um tempo, durante o regime autoritário, em que parte das normas constitucionais era compreendida como meramente programática e, portanto, apenas indicativas de um estado ideal de coisas, não podendo ser exigidas em juízo. A doutrina da efetividade rompe com esse entendimento (BARROSO, 1994; MELLO, 2019).

O neoconstitucionalismo, a seu turno, corresponde a um conjunto inconcluso de ideias, que prega o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional, abrangendo: (i) a atribuição de normatividade aos princípios constitucionais e aos conceitos jurídicos indeterminados; (ii) o recurso a teorias da argumentação; e (iii) a defesa de um novo papel para o juiz na construção do direito¹¹. O reconhecimento de que também os princípios e conceitos indeterminados são normas e o desenvolvimento de teorias argumentativas permitiu que os direitos de diversos grupos, previstos de forma genérica na Constituição, deixassem de ser meras disposições no papel e, por meio de decisões judiciais, tivessem seu alcance afirmado em situações concretas (BARROSO, 2009a, pp. 306-350; MELLO, 2019).

Essas ideias pressupunham e reforçavam uma nova compreensão do papel do juiz, não só como aplicador do direito, mas como cocriador e desenvolvedor do seu conteúdo. Foi precisamente nessa segunda fase que decisões importantes foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, no que respeita à tutela da população LGBTI+. Passa-se, a seguir, ao exame de quatro casos paradigmáticos apreciados pela Corte a respeito da matéria, a saber: (i) o julgado que reconheceu as uniões homoafetivas entre pessoas do mesmo sexo; (ii) a decisão que assegurou aos parceiros homoafetivos o mesmo regime sucessório dos cônjuges; (iii) o acórdão que determinou o direito de transgêneros à alteração do prenome nos assentos de nascimento; e, por fim, (iv) a decisão que criminalizou a homofobia e a transfobia. O exame é desenvolvido com base no voto proferido pelos relatores ou pelos redatores para cada acórdão, bem como na ementa do julgado e na tese firmada pela maioria (desde que existente)¹².

11 Esse conjunto de ideias recorre a diversos autores, como: Alexy (2001, pp. 179-201); Klatt (2005, pp. 1-26); Maccormick (2008, pp. 1-64).

12 No STF, sobretudo em casos relevantes, os onze ministros que compõem a Corte apresentam declaração de voto. Um acórdão de um caso paradigmático geralmente soma centenas de páginas, o que dificulta

3.1 RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS (ADI 4277 E ADPF 132)

O debate sobre o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de ação direta. No Brasil, os casais podem submeter-se essencialmente a dois regimes jurídicos: o casamento e as uniões estáveis. O regime do casamento aplicava-se às pessoas que voluntariamente decidiram casar-se. A união estável aplicava-se aos casais que detinham relações estáveis, à semelhança de um casamento, mas que, por qualquer razão, não chegaram a oficializar a relação. A tutela às uniões estáveis tinha um duplo propósito. Buscava proteger a mulher, no caso das uniões não oficializadas, a fim de assegurar-lhes direitos em caso de separação e falecimento do companheiro. E procurava assegurar a família como *locus* essencial à plena realização de todas as pessoas e, em especial, das crianças geradas por tais casais. A Constituição previu, ainda, que a lei deveria facilitar a conversão das uniões estáveis em casamento. Confira-se o teor do dispositivo constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

.....
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ocorre que a literalidade do dispositivo constitucional e do art. 1723 do Código Civil, que o reproduziu, contemplavam o reconhecimento apenas de uniões estáveis “entre o homem e a mulher”. Por essa razão, casais de mesmo sexo não gozavam da mesma proteção e, eventualmente, parceiros que viveram por toda uma vida e que construíram patrimônio

a análise das razões comuns que conduziram a maioria do Tribunal a adotar determinada conclusão. Nessas circunstâncias, optou-se por adotar o voto do relator ou do redator para o acórdão (quando o relator fica vencido) como o ponto de partida para compreender as razões acolhidas pela maioria. Em alguma medida, o relator escreve em nome próprio e fala por si. Pode, por isso, expressar alguns argumentos que não tiveram a adesão dos demais. Entretanto, produz uma ementa do julgado, que, como regra, expressa a síntese do entendimento da Corte. Atualmente, explícita, ainda, uma tese, que equivale à razão de decidir da maioria. Assim, o exame dos casos acima, com base no voto do relator ou do redator para o acórdão, e com ênfase nos elementos destacados na ementa e/ou na tese firmada pelo Tribunal (sempre que existente), permite retratar o entendimento do STF, sem tornar a presente narrativa exaustivamente analítica. Para um exame crítico do modo agregativo e em série de decidir do STF, v. Mello (2015, pp. 198-214).

juntos, em um momento de ruptura ou de falecimento, se viam desassistidos e desprovidos de direitos. Atentas a essa realidade, as cortes passaram a reconhecer, no caso das uniões homoafetivas, a existência de “sociedades de fato”, equiparando-as a pessoas jurídicas não formalizadas perante os órgãos estatais, com vistas a garantir a divisão de patrimônio em caso de separação. Entretanto, tais decisões não solucionavam problemas relacionados à prole e à sucessão em famílias de casais do mesmo sexo.

Então, duas ações diretas chegaram ao Supremo Tribunal Federal. As ações ponderavam que, muito embora a Constituição falasse em uniões estáveis como uniões entre “homem e mulher”, era possível extrair de outros dispositivos constitucionais a vedação ao tratamento discriminatório com base na orientação sexual, razão pela qual uma interpretação sistemática da Constituição implicava a extensão da proteção das uniões estáveis, previstas no art. 226, CF, também aos casais homoafetivos. Com base nesse argumento, postulou-se ao STF que conferisse interpretação conforme à Constituição ao Código Civil, para explicitar o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo¹³.

O pedido, de certa forma, contrariava o teor literal do texto constitucional. Entretanto, ao examinar a questão, o Supremo Tribunal Federal assentou que a vedação à discriminação em razão do sexo (art. 3º, IV, CF) alcança não apenas a dicotomia homem/mulher, mas também a discriminação em razão da orientação sexual. Observou, ainda, que tal orientação sexual é uma emanção da dignidade humana, integrando o direito de cada indivíduo à liberdade, à intimidade e à vida privada. Ponderou que a Constituição, ao tratar da família, pretendeu contemplar a proteção de toda e qualquer entidade familiar que desempenhasse o papel de *locus* de desenvolvimento do afeto e de realização das pessoas. Assinalou que, ao mencionar as uniões estáveis entre homem e mulher, a Constituição tinha por propósito ampliar a proteção às mulheres companheiras, e não excluir a proteção aos casais homoafetivos. Tal comando, cuja literalidade era subinclusiva, deveria ser interpretado à luz dos demais dispositivos, que vedavam a discriminação em razão da orientação sexual. Por fim, o Tribunal observou que não se proíbe nada a ninguém, senão em razão da proteção de um interesse legítimo de outrem, e que não era possível

13 BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 de março de 2019; BRASIL. ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

falar em um direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.

Com base nesses fundamentos, a Corte julgou procedente o pedido, reconheceu as uniões estáveis homoafetivas e afirmou seu direito ao mesmo tratamento conferido às uniões estáveis heteroafetivas. Posteriormente, resolução do Conselho Nacional de Justiça, tendo por base a decisão do STF, regulamentou o direito dos casais de pessoas do mesmo sexo ao casamento civil¹⁴. A decisão é considerada um dos julgados mais importantes da história do STF, é extensamente comentada pela doutrina e deu origem a uma linha de precedentes da Corte sobre a tutela das pessoas LGBTI+, como esse artigo demonstrará¹⁵.

3.2 EQUIPARAÇÃO ENTRE REGIMES SUCESSÓRIOS DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS DO MESMO SEXO (RE 646.721)

Nesse novo caso, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a examinar a constitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, que outorgava direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro¹⁶. No caso concreto, o recorrente vivera em união estável homoafetiva por 40 anos com seu companheiro, até que o último faleceu sem deixar testamento. O falecido não tinha descendentes, mas tinha uma mãe. O Tribunal de origem atribuiu ao companheiro apenas 1/3 dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável e determinou que os demais bens seriam recebidos integralmente pela mãe. Entretanto, se o casal fosse casado (o que não era possível ainda, à época dos fatos), o companheiro faria jus a 50% dos bens¹⁷.

Na hipótese, o Supremo Tribunal Federal observou que, no passado, a família era protegida como ente autônomo, e não como ambiente de desenvolvimento dos indivíduos. Entretanto, durante a segunda metade do século XX, operou-se uma gradual transformação na compreensão do significado da família na sociedade brasileira, com o reconhecimento de múltiplos modelos de entidade familiar não constituídos pelo casamento, e sim pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum. Assim, o pluralismo das relações familiares se sobrepôs à rigidez da família

14 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013.

15 V., nesse sentido: Sarmiento (2008, pp. 619-660); Barroso (2008, pp. 661-695); Raupp Rios (2008, pp. 695-720); Berkman (2013, pp. 329-338); Ribeiro de Medeiros (2015, pp. 227-239).

16 BRASIL. Código Civil. Artigo 1.790.

17 BRASIL. RE 646.721, red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

matrimonial. Sensível a essa evolução, a Constituição de 1988 contemplou uma multiplicidade de entidades familiares e rompeu com o tratamento convencional dado ao instituto.

Não bastasse isso e quanto às uniões homoafetivas, o próprio STF já havia reconhecido a ausência de hierarquia entre os distintos tipos de família, bem como a impossibilidade de aplicar às uniões homoafetivas regime jurídico distinto daquele aplicável às uniões heteroafetivas¹⁸. Assim e na mesma linha do que já havia sido decidido para companheiros heteroafetivos, era ilegítimo atribuir ao companheiro homoafetivo direitos sucessórios distintos daqueles reconhecidos ao cônjuge¹⁹. Tal como já assentado no precedente, o tratamento discriminatório, na hipótese, conflita com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito à igualdade e com o princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proteção deficiente, porque implica tratamento desigual a um grupo especialmente estigmatizado, que o direito tem o dever de proteger.

Não bastasse o exposto, o Tribunal observou que, antes da edição do novo Código Civil, em 2002, o tratamento sucessório dado a cônjuges e companheiros era quase idêntico, contemplando menos distinções que aquele previsto pelo novo Código Civil. Tal previsão e o impacto diferenciado que ela produzia sobre os casais homoafetivos (que até recentemente não podiam optar pelo casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro) implicava, ainda, em violação ao princípio da vedação ao retrocesso social porque implicava em redução das garantias sucessórias de um grupo especialmente minoritário e vulnerável.

O STF concluiu, então, pela inconstitucionalidade do tratamento sucessório diferenciado entre cônjuges e companheiros, previsto no art. 1790, CC, e, em razão disso, equiparou os direitos titulados por ambos, dando provimento ao recurso extraordinário interposto pelo companheiro homoafetivo.

18 BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6286335>>. Acesso em: 03 de março de 2019; BRASIL. ADPF 132, rel. Min Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=6286333>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

19 O Supremo Tribunal Federal equiparou os direitos sucessórios de cônjuges e companheiros heterossexuais, de forma que o julgado referido acima apenas estendeu o mesmo tratamento às uniões entre pessoas de mesmo sexo. V. BRASIL. RE 878.694, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio de 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

3.3 DIREITO DAS PESSOAS TRANSGÊNERO À ALTERAÇÃO DE PRENOME NO ASSENTO DE NASCIMENTO (ADI 4275)

Em uma nova oportunidade, o Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade, postulando a interpretação conforme à Constituição do dispositivo da Lei de Registro Público brasileira, que veda a alteração do prenome nos assentos de nascimento, ressalvada sua substituição por apelidos públicos notórios (art. 58 da Lei 6.015/1973)²⁰. O requerente pediu à Corte que reconhecesse a possibilidade de alteração do nome de transgêneros no Registro Civil, de forma a ajustar seu prenome à sua identidade de gênero²¹.

A questão tinha relevância ímpar. A disparidade entre a apresentação social dos transgêneros e o nome constante dos seus documentos era fonte de constrangimentos tais, que, na prática, lhes dificultava o acesso a direitos básicos como: educação, tratamento de saúde no sistema público, exercício do direito de voto e obtenção de emprego. A circunstância favorecia reprovações, deboches, situações de escárnio e ofensas, produzindo um reforço do enorme estigma já sofrido por tais pessoas. Possibilitar que os assentos de nascimento de transgêneros fossem convergentes com a sua forma de apresentação significava conferir-lhes uma nova cidadania, viabilizar o exercício de direitos básicos e minimizar a sua exposição.

O debate travado no Tribunal teve, ainda, uma importância pedagógica para o esclarecimento do significado da homossexualidade e da transexualidade para o público em geral. A decisão explicitou que, enquanto, no caso da homossexualidade, estava em questão a orientação sexual da pessoa, relacionada ao direcionamento do seu desejo a pessoas do mesmo sexo; na transexualidade estava em questão a própria identidade de gênero: pessoas transexuais se identificam como pertencentes ao sexo oposto àquele de seu sexo biológico. Esclareceu-se, ainda, que a identidade de gênero, tanto quanto a orientação sexual, é uma manifestação da própria personalidade, pertinente a uma vivência interna e subjetiva de cada pessoa, sobre a qual não pode haver interferência do Estado, salvo para promover-lhe o reconhecimento de tal identidade. Qualquer outra medida implicaria violação à dignidade de tais pessoas, ao direito à intimidade, à privacidade, à honra e à liberdade, assegurados pela Constituição.

20 BRASIL. Lei 6.015, de 1973. Artigo 58.

21 BRASIL. ADI 4275, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 01 mar. 2018. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 07 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 03 de março de 2019.

Com base nesses fundamentos, o Supremo reconheceu o direito dos transgêneros à alteração do prenome. O acórdão recorreu, ainda, ao dispositivo da Constituição que determinou que os direitos nela previstos não excluem outros decorrentes dos tratados de que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º, CF). Com base nele, invocou, complementarmente às normas constitucionais, os Princípios de Yogyakarta, diversas normas de direito internacional dos direitos humanos, bem como o Pacto de São José da Costa Rica. Tratou, ainda, de opinião consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que assentou que tanto a orientação sexual quanto a identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção, que vedam a discriminação com base na orientação sexual ou na expressão de gênero da pessoa²².

Ao final, julgou a ação procedente para conferir à Lei de Registros Públicos interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejassem, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou da realização de tratamentos hormonais, o direito à substituição do prenome e do sexo em seus assentos de nascimento perante o Registro Civil.

3.4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA (ADO 26 E MI 4733)

Todavia, o caso mais emblemático e polêmico envolvendo a proteção da população LGBTI+ foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal no princípio de 2019. Tratava-se de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e de um mandado de injunção. Nessas ações se afirmava que o Congresso Nacional tinha o dever de criminalizar condutas ofensivas e estigmatizantes, direcionadas contra homossexuais e transexuais, com base nos art. 5º, XLI e XLII, CF. Apesar de tais previsões constitucionais e dos alarmantes índices de violência contra tal grupo, afirmava-se, o Congresso quedara-se inerte, em omissão violadora da Constituição. Confira-se a redação dos dispositivos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 03 de março de 2019.

.....

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Tanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão quanto o mandado de injunção constituem ações previstas na Constituição de 1988 destinadas ao enfrentamento de omissões normativas inconstitucionais. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível sempre que a omissão normativa ensejar o descumprimento de norma constitucional²³. O mandado de injunção, a seu turno, poderá ser utilizado quando a omissão normativa frustrar o exercício de direito fundamental²⁴.

Ao longo dos trinta anos de vigência da Constituição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou bastante quanto ao tipo de provimento que a Corte poderia entregar no âmbito do mandado de injunção. No início da vigência da Constituição, coerentemente com a postura de autocontenção adotada pelo Tribunal, o STF entendia que o mandado de injunção somente lhe permitia constituir o legislador em mora e instá-lo a agir. Não lhe possibilitava, contudo, suprir a norma faltante. Entendia-se, então, que, no âmbito do controle de constitucionalidade, o Supremo podia, quando muito, atuar como legislador negativo, retirando uma norma inconstitucional do mundo jurídico. Não podia, todavia, atuar como legislador positivo, criando norma, porque, nesse caso, ensejaria violação ao princípio constitucional da separação dos poderes²⁵.

Entretanto, em um segundo momento do desenvolvimento da sua jurisprudência, no início dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal começou a mudar de comportamento e a proferir decisões que asseguravam a fruição do direito fundamental no caso concreto, com efeitos restritos às partes que propuseram o mandado de injunção²⁶. Posteriormente, a

23 BRASIL. Constituição de 1988. Artigo 103, § 2º.

24 BRASIL. Constituição de 1988. Art. 5º, LXXI.

25 BRASIL. Questão de ordem no MI 107, rel. Min. Moreira Alves, j. 23 nov. 1989. Brasília: Diário de Justiça de 21 de setembro 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 04 set. 2019.

26 BRASIL. MI 283, rel. Sepúlveda Pertence, j. 20 mar. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 284, red. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22 nov. 1992. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de junho de 1992. Disponível

partir do ano de 2007, em novo avanço, o STF passou a entender que, após tantos anos de vigência da Constituição de 1988, a persistente inércia do legislador lhe autorizava a produzir a norma que faltava, com efeitos gerais e vinculantes, até que o Legislativo viesse a se manifestar sobre o tema²⁷.

Recentemente, o próprio mandado de injunção foi regulamentado por lei, por meio da qual se previu que, em caso de mora, o Tribunal deveria deferir ordem: (i) determinando prazo razoável para a produção da norma regulamentadora; e (ii) caso não atendida a determinação, assegurar o exercício do direito²⁸. A mesma lei previu que a decisão proferida no mandado de injunção produziria efeitos apenas entre as partes, salvo se deferidos efeitos gerais à decisão²⁹. A norma parecia, assim, pretender retroceder parcialmente o alcance que o STF conferira ao mandado de injunção por meio da sua jurisprudência.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a jurisprudência do STF não avançou para permitir a produção da norma faltante no seu âmbito. Possivelmente, isso ocorreu justamente porque, na prática, o mandado de injunção se prestou a tal fim, bem como porque admitia um rol de legitimados ativos mais amplo do que as ações diretas

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 232, rel. Min. Moreira Alves, j. 02 ago. 1991. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 04 set. 2019.

27 BRASIL. MI 670, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 708, rel. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 04 set. 2019; MI 712, rel. Min. Eros Grau, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 04 set. 2019; BRASIL. MI 758, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08 abr. 2010. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610996>>. Acesso em: 04 set. 2019.

28 BRASIL. Lei 13.300/2016, art. 8º: “Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

29 BRASIL. Lei 13.300/2016, art. 9º: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora. § 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. § 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator” (grifos do original).

por omissão. Nesse contexto, o natural é que se optasse pela propositura do mandado de injunção³⁰.

A digressão é importante para que se compreenda a relevância da decisão proferida na ADO 26 e no MI 4733. Isso porque, no julgamento sobre a homofobia, o Supremo Tribunal Federal, ao que tudo indica, superou 30 anos de jurisprudência consolidada, que afirmava que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se prestava a suprir a falta de lei, mas apenas a constituir o Legislativo em mora e a instá-lo a agir. Em segundo lugar, pouco aludiu à nova lei regulamentadora do mandado de injunção, que limitava o poder do STF de suprir a norma faltante³¹. Em terceiro lugar, o Tribunal reconheceu o descumprimento de um dever de legislar por parte do Congresso, diante de um comando Constitucional que não impunha expressamente a criminalização da homofobia e da transfobia, apenas determinava que a discriminação atentatória de direitos fundamentais seria punida por lei (art. 5º, XLI, CF).

Não bastasse o exposto, o STF supriu a falta de norma regulamentadora em matéria penal, sujeita ao princípio da legalidade estrita³². Para isso, o Tribunal referenciou decisão proferida no HC 82.424 (Caso Ellwangler), na qual rejeitou a concessão de ordem de *habeas corpus* em favor do autor de um livro que propugnava ideias antisemitas e negava a ocorrência do Holocausto, reconhecendo a configuração da conduta como racismo³³.

30 Sobre a trajetória da ação direta de inconstitucionalidade e do mandado de injunção na jurisprudência do STF, v. Barroso (2019, pp. 325-351); Mendes e Gonet (2015, pp. 1195-1231); Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2016, pp. 1221-1276).

31 Vale ressaltar, contudo, que o acórdão ainda não foi publicado e que as observações acima se baseiam nos Informativos nºs 930, 931, 941 e 944 do STF sobre o julgado. Assim, a publicação do acórdão, com as declarações de voto, pode vir a alterar a análise nesses dois pontos.

32 BRASIL. Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

33 BRASIL. HC 82.424, redator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 17 set. 2003. Brasília: Diário Eletrônico de 19 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 set. 2019. Constou da ementa do acórdão: “1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros ‘fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias’ contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescribibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. *A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de*

Observou que, na ocasião, explicitara que “*a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social*”³⁴. Assim, a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei 7.716/1989 – não se resume, segundo a jurisprudência do Tribunal, “*a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica*”³⁵. Ao contrário, tal conceito projeta-se também sobre dimensões culturais e sociológicas, de modo a “*abranger até mesmo situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas por sua orientação sexual ou sua identidade de gênero*”³⁶.

Ponderou que, como já reconhecido pelo STF, gênero e orientação sexual correspondem a elementos estruturantes da personalidade e da identidade das pessoas, que não constituem base legítima para a sua discriminação. Observou que não é aceitável, à luz do ordenamento jurídico, submeter as pessoas a um “*padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam a sociedade democrática*”³⁷. Observou que a discriminação e a violência direcionada a homossexuais e transexuais expressam atos de desqualificação de tais pessoas, de forma a suprimir-lhes qualquer valor e a degradar-lhes à condição de marginais, ensejando uma “*injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito*”³⁸. Concluiu que, nessas condições, o tratamento penal era imprescindível à sua proteção. Aludiu, igualmente, ao direito internacional dos direitos humanos e ao tratamento conferido às pessoas homossexuais e transexuais em tal sede.

conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista” (grifou-se).

- 34 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 35 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 36 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 37 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.
- 38 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 944 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.

Por fim, o Tribunal explicitou que, ao proferir tal decisão, apenas aplicava o conceito de racismo tal como já cunhado por sua própria jurisprudência (procurando descaracterizar a analogia ou interpretação extensiva). Salientou, ainda, que, desempenhava, na hipótese, função contramajoritária, em razão da inércia do Congresso Nacional no tema e da gravidade dos direitos violados. Salientou que uma atuação em tais termos, na hipótese, estava legitimada, diante da sua missão de proteger minorias vulneráveis contra os excessos das majorias. Frisou que a democracia constitucional só existe quando se confere a todos os indivíduos igual consideração e respeito e, portanto, as mesmas condições para participar dos processos de formação da vontade estatal. Confira-se o trecho da decisão:

Por fim, o relator afirmou que o presente julgamento reflete a função *contramajoritária* que incumbe ao STF desempenhar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. É uma função exercida no plano da jurisdição das liberdades. Nesse sentido, o STF *desempenha o papel de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias* contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado [quanto] aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Assim, *para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais* assegurados a todos. Ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República³⁹.

Essas razões levaram a Corte a proferir decisões de procedência de ambas as ações, por meio das quais: (i) declarou a omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo; (ii) cientificou o Congresso Nacional da decisão, para que adotasse as providências que lhe cabiam; (iii) deu interpretação conforme à Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia nos diversos tipos penais da Lei 7.716/1989, até que sobrevenha legislação autônoma editada pelo Congresso. Declarou, ainda, que os efeitos da interpretação conforme somente se aplicariam a partir da data de conclusão do julgamento. Em respeito à liberdade de religião, excluiu as pregações religiosas do alcance do julgado, desde que observassem os

39 BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello; BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019, grifos acrescentados. Trechos transcritos extraídos do Informativo nº 931 do STF, tendo em vista que o acórdão ainda se encontrava pendente de publicação, quando da conclusão do presente artigo.

limites da proporcionalidade e que não derivassem para o discurso de ódio e de incentivo à intolerância.

Não há dúvida, portanto, de que o Supremo Tribunal Federal desenvolveu um comportamento especialmente protetivo com relação à população LGBTI+, justamente por identificá-la como grupo especialmente vulnerável. Nesses termos, a Corte atuou não apenas de forma contramajoritária, mas substancialmente ativa na proteção de tal grupo. Ao fazê-lo, sinalizou que tal comportamento se legitimava pela necessidade de assegurar a sua não exclusão do sistema geral de proteção do direito. Observou, ainda, que, ao fazê-lo, impedia que a ideia de democracia fosse reduzida a uma concepção meramente formal, já que uma democracia substantiva depende de uma ampla inclusão dos cidadãos no processo de formação da vontade estatal.

CONCLUSÃO

Tal como qualificados neste trabalho, os grupos minoritários ou vulneráveis correspondem a coletividades de pessoas que, independentemente do aspecto quantitativo, ostentam uma condição de maior debilidade e de menor capacidade de autodefesa, preenchendo as seguintes condições: (i) destoam do padrão social dominante e, em razão disso, são estigmatizadas; (ii) detêm um *status* inferior ao *status* dos demais cidadãos, no que respeita ao exercício de seus direitos, sendo alvo de práticas discriminatórias; (iii) têm dificuldade de acesso e de acolhimento de seus pleitos junto à política majoritária; (iv) em razão de tais circunstâncias, demandam do Estado o desenvolvimento de técnicas de proteção específicas, para promover a sua defesa e assegurar a sua igualdade material.

Embora, de modo geral, a política majoritária deva ser o espaço de embate, luta e conquista de direitos, tais grupos, em virtude do estigma e da discriminação, não logram acesso ou representação no âmbito do Legislativo e do Executivo. Nessas circunstâncias, a jurisdição constitucional pode constituir o principal senão o único canal de acesso institucional e de proteção e acolhimento dos seus direitos. Esse aspecto autoriza as cortes constitucionais e/ou supremas cortes não apenas a atuarem de forma contramajoritária, mas a serem especialmente protetivas no exercício da jurisdição, de modo a assegurar a igualdade material e a promover a tutela dos direitos fundamentais e da democracia constitucional. Ao fazê-lo, as cortes atendem à necessidade de tais grupos por instrumentos especiais de proteção, compensando sua vulnerabilidade.

O Supremo Tribunal Federal tem desempenhado tal papel protetivo no quanto à proteção da população LGBTI+: assegurou o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, garantiu regime jurídico sucessório não discriminatório aos companheiros do mesmo sexo, determinou a alteração dos assentos de nascimento dos transexuais e, por fim, reconheceu a homofobia e a transfobia como crime. A atuação da Corte em tais termos tem levado em conta a extrema vulnerabilidade de tal grupo, alvo de índices alarmantes de violência, bem como a inércia das instâncias representativas na matéria.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos Assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017*. 2018. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>>. Acesso em 3 dez. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019a.

_____. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019b.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Praxis*, v. 9, n. 4, 2018.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Diferentes, mas iguais: O Reconhecimento das Uniões Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. t. I.

_____. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, pp. 30-60, jul./set. 1994.

BERKMAN, Ricardo R. Sobre o Direito à Identidade Sexual e Aspectos Relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra et ali (coord.). *Direito à Diferença: Aspectos de Proteção Específica às Minorias e aos Grupos Vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos. *Manual Orientador sobre Diversidade*. 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/dezembro/ministerio-lanca-manual-orientador-de-diversidade/copy_of_ManualLGBTDIGITAL.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

CONSTANTINO, Rita; COSTA, Valter; EIRAS, Yuri. As ideias e os valores de Bolsonaro em 100 frases. *Época*, Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/as-ideias-os-valores-de-bolsonaro-em-100-frases-23353141>>. Acesso em: 20 jul. de 2019.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. Jefferson Luiz Camargo [trad.]. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Uma Questão de Princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FAUNDES, Juan Jorge. Derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un nuevo paradigma en la defensa penal indígena en Chile frente al Estado de Derecho hegemónico. *Revista Izquierdas*, n. 45, pp. 51-78, fev. 2019.

_____. Pensando un horizonte democrático, pluralista e intercultural para el reconocimiento de los pueblos indígenas en América Latina, desde una relectura crítica a Laclau y Mouffe. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, v. 6, n. 3, pp. 85-121, set./dez. 2015.

GAYLATINO; ALIANÇA NACIONAL LGBTI. *Manual de Comunicação LGBTI+*. 2017. Disponível em: <<https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

HONNETH, Axel. Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, N. y HONNETH, A. *¿Redistribución o reconocimiento?: Un debate político-filosófico*. Madrid: Morata, 2006.

_____. *La lucha por el reconocimiento: por una gramática moral de los conflictos*. Barcelona: Crítica, 1997.

KLATT, Matthias; ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINO MENÉNDEZ, Fernando M. Introducción: aproximación a la noción de persona y grupo vulnerable en el derecho europeo. In: MARINO MENÉNDEZ, Fernando M; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos (Coords.). *La protección de las personas y grupos vulnerables em el derecho europeo*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

MARTÍN RODRIGUEZ, Gabriel. Cuestiones generales sobre el Derecho de Minorías: una visión global. *Cadernos de direito actual*, n. 3, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 3, ago./set., 2019.

_____. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Trinta anos, uma constituição, três Supremos: Autorrestrrição, expansão e ambivalência no exercício da jurisdição. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A República que Ainda Não Foi: Os Trinta Anos da Constituição da Visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MENA, Fernanda. Mais da metade dos LGBT diz ter sofrido violência desde as eleições. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 20 de março de 2019. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/03/mais-da-metade-dos-lgbt-diz-ter-sofrido-violencia-desde-as-eleicoes.shtml>>. Acesso em 03 set. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional* 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NINO, Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

PÉREZ DE MADRID, Amelia Díaz. *La Protección de las Minorías em Derecho Internacional*. Granada: Universidad de Granada, 2004.

RAUPP RIOS, Roger. Direito Antidiscriminação, Sexo, Sexualidade e Gênero. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos* (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIBEIRO DE MEDEIROS, Jorge Luiz. E Agora, José? Ou “A Trajetória da Afirmação da Homossexualidade no Direito Brasileiro e Novos Desafios Após a ADPF 132 e ADI 4277”. In: FERRAZ, CAROLINA V.; LEITE, Glauber S. (coord.). *Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. Casamento e União Estável entre Pessoas do Mesmo Sexo: perspectivas Constitucionais. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; e PIOVESAN, Flávia (coord.). *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Linha Sucessória dos Ministros*. 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf>. Acesso em 13 abr. 2018.

TGEU – TRANSGENDER EUROPE. *TvT Research Project. Trans Murder Monitoring (TMM) TDoR 2017 Update, Transrespect versus Transphobia Worldwide*. 2017 Disponível em: <<http://transrespect.org/en/trans-murder-monitoring/tmm-resources/>>; <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2017/11/TvT_TMM_TDoR2017_Tables_EN.pdf>. Acesso em 03 nov. 2019.

VILHENA VIERA, Oscar. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DECISÕES

BRASIL. ADI 4275, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 01 mar. 2018. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 07 de março de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, j. 13 jun. 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, acórdão ainda não publicado.

BRASIL. ADPF 132, rel. Min Ayres Britto, j. 05 mai. 2011. Brasília: Diário Eletrônico de 14 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. HC 82.424, redator p/ acórdão: Min. Maurício Corrêa, j. 17 set. 2003. Brasília: Diário Eletrônico de 19 de março de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. MI 4733, rel. Min. Edson Fachin, j. 13 jun. 2019. Brasília: Supremo Tribunal Federal, acórdão ainda não publicado.

BRASIL. MI 107 QO, rel. Min. Moreira Alves, j. 23 nov. 1989. Brasília: Diário de Justiça de 21 de setembro 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 283, rel. Sepúlveda Pertence, j. 20 mar. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 14 de novembro de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus>>.

br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 284, red. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22 nov. 1992. Brasília: Diário de Justiça de 26 de junho de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 232, rel. Min. Moreira Alves, j. 02 ago. 1991. Brasília: Diário de Justiça de 27 de março de 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 670, red. p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 708, rel. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário Eletrônico de Justiça de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 712, rel. Min. Eros Grau, j. 25 out. 2007. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. MI 758, rel. Min. Marco Aurélio, j. 08 abr. 2010. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 26 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610996>>. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. RE 646.721, red. p/ o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>>. Acesso em: 03 de set. de 2019.

BRASIL. RE 878.694, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10 maio de 2017. Brasília: Diário de Justiça Eletrônico de 06 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>>. Acesso em: 09 de novembro de 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva 24/2017. Publicada em 24 nov. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

