

**Em busca de perspectivas contra-hegemônicas dos direitos humanos: uma análise da criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos da aplicação do sistema brasileiro de precedentes no reconhecimento de direitos fundamentais**

**DOI: 10.31994/rvs.v12i1.279**

Gabriela Jorge Araújo<sup>1</sup>

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo propor a revisitação das narrativas de direitos humanos como tradicionalmente concebidas, através da análise do papel do Judiciário e dos impactos do sistema brasileiro de precedentes nas lutas pelo reconhecimento de direitos fundamentais da população LGBTIA+ no Brasil. Para tanto, a utiliza-se das metodologias bibliográfica e documental. Conclui-se, assim, pela necessidade de ampliar as possibilidades dos debates acerca de novas gramáticas jurídico-sociais contra-hegemônicas para efetivação desses direitos.

**PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. LGBTFOBIA. PRECEDENTES CONSTITUCIONAIS. PLURIDIVERSIDADE E MULTICULTURALIDADE. CONTRA-HEGEMONIA.**

---

<sup>1</sup> Advogada, graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, pós-graduanda em Direito Internacional e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e membro da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da OAB/JF. E-mail: [gjorgearaujo@gmail.com](mailto:gjorgearaujo@gmail.com). Número do registro no ORCID: 0000-0002-6173-4097.

**Searching counter-hegemonic perspectives of human rights: an analysis of the LGBTFOBIA's criminalization by the Supreme Court and the impacts of the brazilian system of precedents in the recognition of fundamental rights**

**ABSTRACT**

This article aims to propose the revisiting of human rights narratives as traditionally designed through the analysis of the role of the Judiciary and the impacts of the brazilian system of precedents in the recognition of fundamental rights of the LGBTIA+ population in Brazil. To this end, the bibliographical and documental methodologies are applied. It is concluded, therefore, by the need to expand the possibilities of debates about new counter-hegemonic juridical-social grammars for the effectiveness of these rights.

**KEYWORDS: HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS. LGBTFOBIA. CONSTITUTIONAL PRECEDENTS. PLURIDIVERSITY AND MULTICULTURALITY. COUNTER-HEGEMONY.**

**INTRODUÇÃO**

O grande desafio da narrativa de direitos humanos como tradicionalmente concebida no Direito Internacional dos Direitos Humanos é a superação de sua utópica pretensão de universalidade para que esses direitos sejam aplicados na prática, com a efetiva promoção da dignidade humana e de modo contra-hegemônico. Para tanto, é necessário entender que não há uma única fórmula de existência nem de dignidade, bem como não há uma única fonte de legitimação dos conhecimentos e das subjetividades.

O que hoje está consolidado no Direito Internacional dos Direitos Humanos é uma narrativa hegemônica, que, de acordo com Santos (2013, p.53-54), possui as seguintes características:

os direitos são universalmente válidos independentemente do contexto social, político e cultural em que operam e dos diferentes regimes de direitos humanos existentes em diferentes regiões do mundo; partem de uma concepção de natureza humana como sendo individual autossustentada e qualitativamente diferente da natureza não humana; o que conta como violação de direitos é definido pelas declarações universais, instituições multilaterais (tribunais e comissões) e organizações não governamentais (predominantemente baseadas no Norte); o fenômeno recorrente dos duplos critérios na avaliação da observância dos direitos humanos de modo algum compromete a validade universal dos direitos humanos; o respeito pelos direitos humanos é muito mais problemático no Sul global do que no Norte global.

Assim, os direitos humanos encontram dificuldades de se concretizar no Sul global justamente porque a herança colonial desses países exige que novas gramáticas, contra-hegemônicas e decoloniais, sejam construídas e reconhecidas pelos diversos níveis de ordenamentos jurídicos, pois estes, sem aquela perspectiva servem muito mais como ferramenta de regulação social do que como meio para reconhecimento de direitos fundamentais emancipatórios.

Parece ser essencial garantir, preservar e ampliar o aspecto de fundamentalidade das mais diferentes gramáticas sociais, numa perspectiva pluridiversa. Para tanto, Santos (2009) aponta que o caminho para efetivação dos direitos humanos é o da promoção do diálogo intercultural constante, sem que nenhuma cultura se entenda plena e nem se pretenda universal, a fim de que haja espaço para o surgimento dessas novas perspectivas. Uma vez mais inclusivas e acessíveis, espera-se que essas novas dinâmicas sejam capazes de desconstruir o legado da modernidade e da colonialidade: o capitalismo eurocêntrico, neoliberal e patriarcal.

Nesse sentido, Santos (2009) propõe a aplicação de uma hermenêutica diatópica capaz de integrar as sociedades em uma vivência cosmopolita em que se

reconheça a incompletude de todas as culturas, suas ampliações, a promoção da partilha por meio do diálogo intercultural, a liberdade de escolha das parcerias internacionais por intermédio de mútuos acordos e, por último, a existência do reconhecimento do direito à igualdade e à diferença, concomitantemente (igualdade e diferença) e não alternativamente (igualdade *ou* diferença), nem de forma excludente (*ou* igualdade *ou* diferença). É necessário ressaltar que Santos (2009) entende o cosmopolitismo de forma diversa do sentido em que o termo costuma ser empregado, defendendo que este seja concebido como a possibilidade da “solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica” (SANTOS, 2009, p.5).

Assim, na busca pelo reconhecimento de novas gramáticas sociais, deve-se questionar e entender qual o papel do Direito – que tanto pode ser utilizado para manutenção de um sistema de privilégios quanto para a promoção de práticas emancipatórias na sociedade –, da estrutura do ordenamento jurídico, dos reflexos da representação popular no Legislativo e o papel do Estado enquanto promotor de políticas públicas oficiais.

Neste artigo pretende-se propor a revisitação das narrativas de Direitos Humanos como tradicionalmente concebidas, através da análise do papel do Judiciário e dos impactos do sistema brasileiro de precedentes nas lutas pelo reconhecimento de direitos fundamentais da população LGBTIA+ brasileira. Utiliza-se, para tanto, das metodologias bibliográfica e documental. Assim, optou-se pela utilização da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade concentrado que criminalizou a LGBTFOBIA como o paradigma que sustenta as discussões sobre a relação entre o sistema de precedentes brasileiro e seus reflexos na busca por reconhecimento de direitos fundamentais e sobre a criação de novas gramáticas jurídico-sociais capazes de promover a efetiva integração e ocupação dos espaços de poder democráticos de uma sociedade multicultural e pluridiversa.

Desse modo, o presente trabalho divide-se em três momentos diversos: as considerações sobre a criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal

Federal e o reconhecimento de direitos fundamentais; as possibilidades do sistema brasileiro de precedentes; e a busca por perspectivas contra-hegemônicas dos Direitos Humanos.

## **1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Há muito se cobra respostas legislativas às condutas discriminatórias e aos crimes de ódio perpetrados contra a comunidade LGBTIA+ no Brasil – que ficou fora da proteção do texto da Constituição Federal de 1988. Segundo dossiê produzido pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), o Brasil é o país que mais mata a população trans no mundo. Em 2019, 124 (cento e vinte e quatro) pessoas trans foram assassinadas no país e, em 80% dos casos, houve extrema violência contra as vítimas – o que indica ódio e desprezo à identidade de gênero dessas vítimas. O dossiê aponta ainda que 11 (onze) pessoas trans são agredidas por dia no país. Além disso, destaca-se que a subnotificação de casos é gigantesca, uma vez que o próprio Estado desconsidera a identidade dessas vítimas ao registrar os crimes e também ao investigá-los.

A necessidade de dar visibilidade e voz à comunidade LGBTIA+ vai muito além da celebração do amor, trata-se do reconhecimento da existência, dignidade e direitos fundamentais desses grupos historicamente excluídos e silenciados por não corresponderem ao padrão hegemônico heteronormativo e patriarcal. Não se pode ignorar que, no Brasil, a maior parte dos direitos LGBTIA+ decorre de políticas públicas e da judicialização de demandas, com protagonismo dos movimentos sociais, encontrando muitos obstáculos para efetivação através do Poder Legislativo.

Uma das expressões da LGBTFOBIA foi criminalizada pelo Congresso Nacional através da Lei 13.718 de 2018, que alterou o Código Penal brasileiro e instituiu causa de aumento de pena ao crime de estupro corretivo (artigo 226, inciso

III, alínea “b”, do Código Penal), que é aquele em que o estupro é realizado com finalidade de controlar o comportamento sexual ou social da vítima. Trata-se de expressão do reconhecimento dos direitos LGBTIA+ no ordenamento jurídico brasileiro, pois a prática de estupros corretivos é frequentemente associada aos casos de lesbofobia. De acordo com a Gênero e Número, em um levantamento de dados no SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde), no ano de 2017, uma média de 6 (seis) mulheres lésbicas foram estupradas por dia no Brasil, totalizando 2.379 (dois mil, trezentos e setenta e nove) casos naquele ano.

Internacionalmente, os direitos LGBTIA+ são discutidos nos organismos de proteção dos direitos humanos com urgência, embora não exista uma Convenção Internacional específica sobre o tema. Em julho de 2013, o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos lançou a campanha global das Nações Unidas contra a homofobia e a transfobia. Denominada “*free & equal*”, a iniciativa tem objetivo informativo e é destinada à promoção da equidade de direitos e ao tratamento justo à comunidade LGBTIA+.

Já em 2015, o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos emitiu um relatório sobre a situação da discriminação e violência contra indivíduos baseada em sua orientação sexual e/ou identidade de gênero, no qual expôs objetivos para erradicar tais práticas, sugeriu ações e políticas públicas a serem realizadas para prevenir e punir essas condutas dentro de Estados soberanos e destacou as lutas dos movimentos sociais para a conquista de direitos LGBTIA+.

A discriminação não é novidade na estrutura social do Brasil, que ainda sofre e luta contra os reflexos da modernidade e da colonialidade, iniciadas no século XV. A partir do processo de “encobrimento do outro” (DUSSEL, 1995), os colonizadores europeus apagaram as subjetividades, naturalizaram a violência e hierarquizaram humanidades em categorias diversas. Tudo isso sob uma pretensão de superioridade e racionalidade que os seres humanos do continente americano não possuíam, uma vez que considerados inferiores, selvagens e primitivos.

Diferentemente dessa perspectiva do que é o “Outro” em Dussel (1995), para Quijano (2005) o “Outro” só adquire essa qualificação quando em uma referência ao mundo oriental (que pensadores europeus entendiam como o início da história do mundo, sendo a Europa o centro e o fim). Já aos povos originários das Américas e, mais tarde, aos negros da África, era reservada a categorização através de raças, que seriam naturalmente inferiores ao europeu ocidental. As raças foram definidas justamente através da diferenciação e categorização das pessoas por critérios fenotípicos e biológicos. Portanto, segundo o autor, o projeto de dominação eurocêntrica e colonial teria base em dois pilares: a categorização de pessoas através da raça e o controle das forças de trabalho através do capitalismo.

O racismo não se traduz apenas pela discriminação em face de características fenotípicas e biológicas, pois pode ser articulado em toda relação de poder hegemônica que se consolidou através da dominação capitalista, eurocêntrica e patriarcal. E nesse sentido, os recortes de gênero e sexualidade também são critérios fundamentais de discriminação que servem aos interesses hegemônicos e não podem ser ignorados nesta análise. Assim, em seu estudo sobre a colonialidade do gênero, Lugones (2020, p.71) afirma:

a heterossexualidade não está apenas biologizada de maneira fictícia, ela também é obrigatória e permeia toda a colonialidade do gênero – na concepção mais ampla que estamos dando a esse conceito. Nesse sentido, o capitalismo eurocêntrico global é heterossexual.

Desse modo, dentro de uma estrutura hegemônica que serve aos interesses de uma pretensa elite universal e da discriminação contra grupos minoritários, os espaços democráticos de poder, de representação popular e o próprio ordenamento jurídico assumem função essencial.

Diante da omissão legislativa do Congresso Nacional brasileiro, a problemática da discriminação da comunidade LGBTIA+ chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, em 13 de junho de 2019, consolidou a tese do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 do DF (ADO

26/DF) e do Mandado de Injunção nº 4.733 do DF (MI 4733/DF), formando o precedente constitucional que reconheceu essa omissão legislativa, considerando a homofobia e a transfobia (condutas que envolvam aversão odiosa à orientação sexual e à identidade de gênero, portanto à comunidade LGBTIA+) crimes de racismo, sendo aplicável a Lei 7.716/89 a essas condutas.

Ao reconhecer a mora do Congresso Nacional para cumprir o mandado de criminalização contra quaisquer condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais – como o impedimento à comunidade LGBTIA+ de ocupar espaços públicos e privados – do art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, o Tribunal deu interpretação conforme a Constituição, criminalizando as discriminações lgbtfóbicas.

Segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, até que o Congresso Nacional atue para tipificar, através de lei em sentido formal – uma vez que apenas o Congresso Nacional possui competência para editar lei penal incriminadora –, os crimes dessa natureza, deve-se aplicar a Lei 7.716/89 que pune os crimes de racismo. E nesse sentido, estabeleceu que nos casos de discriminação em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero, o racismo deve ser considerado em sua dimensão social. Essa dimensão vai além dos primeiros critérios que foram desenvolvidos para hierarquizar seres humanos através de raças na colonização que inaugurou a dominação do sistema-mundo capitalista da Modernidade: os traços fenotípicos e biológicos. Segundo Maldonado-Torres (2019, p.96):

aquilo que se chama de raça é uma das mais sistemáticas tentativas de identificar com certeza e prontidão a condenação: ou seja, identificar o quão longe estão certos seres de corresponder à ideia do “Homem”.

De acordo com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, o racismo, em sua dimensão social, manifesta-se além da discriminação em virtude dos traços fenotípicos e biológicos. Ou seja, o racismo social se traduz ao revelar uma estrutura de poder opressora sobre diversos grupos de seres humanos que não se enquadram nos padrões da classe que domina os meios de produção hegemônicos. Quijano (2005) afirma que o racismo serve aos colonizadores da modernidade para



inferiorizar e invisibilizar as descobertas intelectuais e culturais dos povos colonizados.

O Ministro Celso de Mello (2019, p.79-80), em trecho de seu voto no julgamento da ADO 26/DF, sugeriu, sobre o conceito de racismo, que:

tal como sucedeu no exame do HC 82.242/RS (caso Ellwanger), que o STF reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido de que a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Essa interpretação não é uma inovação do conceito de racismo criada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao analisar os documentos do sistema internacional de Direitos Humanos, encontra-se o ideal da ampliação da proteção de direitos fundamentais que reconhecem a dignidade em movimento sempre expansivo, embora existam inúmeras dificuldades de aplicação efetiva dos tratados de direitos humanos – que podem, inclusive, privilegiar a hegemonia eurocêntrica e ocidental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) proclama que todos os seres humanos nascem iguais e livres em dignidade e direitos. Além disso, que o gozo dos direitos e liberdades deve ser feito sem distinção de qualquer espécie, uma vez que todo ser humano é dotado de dignidade. Portanto, entende-se que não há como privilegiar interpretações restritivas do texto que reconhece a dignidade, pelo contrário, deve-se sempre privilegiar as ampliações semânticas que possam prevenir e coibir qualquer prática discriminatória e sofrimento humano injusto. Basta que haja a qualidade de ser humano para que absolutamente nada possa justificar a violação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

O Ministro Celso de Mello (2019, p. 107-108) destaca ainda a importância do reconhecimento do racismo e da discriminação em suas diversas formas através do

que foi discutido durante a Conferência de Durban, realizada em 2001, na África do Sul:

a importante Conferência de Durban, em 2001, na África do Sul, reconheceu que o racismo, a discriminação étnico-racial, a xenofobia e todas as demais formas de intolerância correlata (como a homofobia e a transfobia enquanto formas contemporâneas de racismo) constituem a própria negação dos princípios, dos propósitos e dos objetivos proclamados tanto pela Carta de São Francisco, que instituiu, em setembro de 1945, a Organização das Nações Unidas, quanto pela DUDH, promulgada em 10/12/1948.

Portanto, simbolizando uma importante vitória no reconhecimento dos direitos LGBTIA+, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento, reconheceu a mora legislativa do Congresso Nacional e definiu o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas (extensivas a todas as vertentes da comunidade LGBTIA+) nos crimes tipificados na Lei 7.716/89 – enquanto não houver lei em sentido estrito criminalizando tais crimes –, bem como considerou que os casos que envolverem homicídio doloso serão qualificados por motivo torpe. Além disso, afirmou que a repressão à homofobia e à transfobia não restringe o exercício da liberdade religiosa e reforçou o conceito de racismo em sua dimensão social.

Embora tenha sido reforçado que não há restrição do exercício de liberdade religiosa no julgamento das ações citadas, a Advocacia Geral da União interpôs embargos de declaração no dia 14 de outubro de 2020, reivindicando certos esclarecimentos e sugerindo a possível adoção de uma espécie de excludente de ilicitude em nome da liberdade de expressão religiosa, quando “não houver excesso de ódio”.

Tal manobra pode simbolizar uma tentativa de restrição da interpretação e abrangência dos crimes dada pelo Supremo Tribunal Federal, esvaziando a efetividade da decisão que criminalizou a LGBTFOBIA no país, o que evidencia a necessidade e a urgência da discussão proposta neste artigo sobre o papel do Judiciário no reconhecimento dos direitos fundamentais dos grupos LGBTIA+, uma

vez que as instituições que representam interesses hegemônicos estão sempre passíveis a promover retrocessos.

Uma vez analisada a importância da atuação do Judiciário na luta pelo reconhecimento de direitos da comunidade LGBTIA+ no Brasil e do caráter de fundamentalidade desses direitos, pretende-se analisar a ascensão da força dos precedentes constitucionais no sistema jurídico brasileiro e seus reflexos nas lutas sociais por direitos fundamentais e pela dignidade humana.

## 2 POSSIBILIDADES DO SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES

A aplicação de precedentes judiciais é predominante nos sistemas jurídicos de tradição do *common law*. No Brasil, a tradição jurídica é a do *civil law*, onde prevalece a subordinação do Judiciário à lei, numa perspectiva positivista, com objetivo de prevenir lacunas, aplicando as leis aos casos concretos. Mas, o papel do Judiciário já não pode se resumir ao formalismo e ao procedimentalismo, com a mera aplicação das leis ao caso concreto. Por isso, mesmo nos países de tradição do *civil law*, o juiz assume o papel de “coparticipante do processo de criação do direito” (BARROSO, 2018, p.14). Assim, há aproximação entre *common law* e *civil law* em diversas ocasiões, visto que o primeiro não se resume aos costumes e precedentes, nem o segundo apenas às leis.

Prova dessa aproximação é a ascensão da aplicação de precedentes judiciais de observância obrigatória no Brasil – tanto em virtude das ações constitucionais quanto pelo advento do microsistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015. No Brasil, o sistema de precedentes tem se desenvolvido a partir de dois pilares: a garantia da uniformidade das decisões e a obtenção da segurança jurídica, de forma a evitar decisões contraditórias e potencialmente violadoras de direitos fundamentais.

É importante destacar duas perspectivas do conceito de precedentes: para Câmara (2016, p. 453), o precedente é “um pronunciamento judicial, proferido em

um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior.” Já em uma perspectiva que reconhece certa função didática dessas decisões, o precedente é um pronunciamento que se preocupa em servir de exemplo para orientar futuras decisões (LEGALE, 2016, p.815).

Quanto à eficácia, no Brasil, os precedentes são tradicionalmente classificados entre vinculantes (caráter normativo), persuasivos e intermediários. Os precedentes vinculantes são de observância obrigatória pela estrutura dos tribunais e juízos a ele subordinados desde seu nascimento. Os persuasivos só irão adquirir a característica de precedentes a partir do momento em que forem utilizados para fundamentar outras decisões jurídicas (NEVES, 2016), assumindo uma função orientadora. Já os intermediários, são de caráter residual e “geram efeitos cuja força e abrangência se situa entre a eficácia normativa e a eficácia meramente persuasiva”, segundo Mello (2015, p.42). Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, nem todas as decisões judiciais formam precedentes de observância obrigatória.

Porém, além de discutir a importante força vinculante dos precedentes, cumpre-se investigar a possibilidade de considerar a dimensão social destes, o que, frequentemente, será parte determinante da força da decisão. Nesse sentido, Legale (2016, p.811) esclarece que:

passa a se compreender os precedentes como um modo de construir e/ou publicizar significados e argumentos não apenas para as instituições judiciais, mas também para as instituições sociais e políticas.

Assim, a formação dos precedentes brasileiros assume o papel de um terreno para a disputa social e política de narrativas importantes, uma vez que as decisões judiciais – principalmente as do Supremo Tribunal Federal – têm grande repercussão midiática e são ampla e democraticamente acessíveis através das redes sociais e da internet.

As decisões do Supremo Tribunal Federal em ações diretas do controle de constitucionalidade possuem *status* diferenciado. Por força de disposição constitucional, os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) das decisões terão eficácia vinculante e serão considerados, portanto, precedentes constitucionais. Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 467) esclarece que:

a adequada tutela jurisdicional da Constituição e a autoridade do Supremo Tribunal Federal dependem da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão proferida no controle abstrato de normas. E é na medida em que se admite esta eficácia vinculante que a decisão, até então vista apenas como produtora de coisa julgada *erga omnes* – e, assim, como definidora de se a norma expressamente invocada na ação direta é ou não inconstitucional –, passa a também ter qualidade de precedente constitucional.

Assim, em uma análise da eficácia das decisões do Supremo – como a decisão que criminaliza a LGBTFOBIA –, surge a possibilidade de classificar os precedentes em *superprecedentes* e *microprecedentes*. Importa, neste momento, analisar os da primeira espécie. De acordo com Legale (2016, p.830):

um precedente com elevado esforço para produção (modelo *high*) com conteúdo amplo e denso torna-se, ao estabelecer regras, princípios, *standards*, presunções e rotinas, um guia que tende a desonerar o fardo do tomador de decisão posterior (modelo *low*). Por exemplo, um superprecedente de uma Corte constitucional poderia desonerar o ônus argumentativo das instâncias inferiores que pretendam segui-lo.

Nesse sentido, a criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal é um precedente constitucional vinculante – a ementa do julgado, inclusive, deixa expressa a eficácia geral e o efeito vinculante da decisão –, decorrente do controle concentrado de constitucionalidade, de extrema importância jurídica e social para o reconhecimento e a defesa de direitos fundamentais, visto que as conquistas de direitos da comunidade LGBTIA+ são predominantemente judiciais no Brasil. A decisão tem, assim, possibilidade de se enquadrar como um superprecedente do ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se atentar, entretanto, quanto a essa dimensão da decisão como fonte de narrativa social e política – e que, portanto, vai além da vinculação jurisdicional –, para a eventual necessidade de “adesão institucional e social mais robustas” (LEGALE, 2016, p.818) ao caso concreto para assim classificar a decisão como um superprecedente e considerá-la socialmente eficaz.

Barroso (2018) destaca que uma decisão judicial, além de sua imperatividade normativa, precisa convencer ao auditório através da argumentação das razões que levaram o Tribunal ou a Corte a decidir de certa maneira, buscando a legitimação da decisão por meio da aprovação das demais instituições e também da sociedade.

A intenção é de que a consolidação do sistema de precedentes de observância obrigatória no Brasil possa servir como instrumento de reconhecimento de direitos fundamentais de grupos vulneráveis, destacando, inclusive, o papel contramajoritário do Judiciário. Além disso, que, numa dimensão mais ampla e menos dogmática, essa consolidação alcance a sociedade e possa desconstruir estigmas que acompanham os grupos que lutam por seu direito de existência. Nesse sentido, vale ressaltar a seguinte afirmação de Santos (2019, p.50), numa análise da importância do reconhecimento da diversidade das formas de dignidade humana:

os direitos coletivos existem para minorar ou eliminar a insegurança e a injustiça de coletivos de indivíduos que são discriminados e vítimas sistemáticas de opressão por serem o que são e não por fazerem o que fazem.

Portanto, reconhecer que a consolidação do sistema de precedentes de observância obrigatória no Brasil – utilizando como paradigma a decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a discriminação lgbtfóbica –, é essencial quando se busca alternativas ao sistema hegemônico de poder e representação nas instituições e na sociedade.

### **3 EM BUSCA DE PERSPECTIVAS CONTRA-HEGEMÔNICAS DOS DIREITOS HUMANOS**

Trata-se de grande desafio dos sistemas democráticos alcançar a representatividade política adequada que possa, no mínimo, equilibrar interesses de grupos historicamente excluídos, uma vez que a simples tomada de decisão pelo critério majoritário não é capaz de garantir a expressão política desses grupos de forma eficaz (SANTOS, 2002).

O DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar) fez um balanço sobre a composição do Congresso Nacional nas eleições de 2018 e divulgou que este seria “mais liberal na economia, mais conservador nos costumes e mais atrasado em relação aos direitos humanos e ao meio ambiente” quando em comparação com a composição das Casas em eleições anteriores do período pós-redemocratização.

Com a escalada do fundamentalismo, os sistemas democráticos têm sido desafiados por uma onda de conservadorismo que despreza a diversidade e deslegitima a essencialidade do desenvolvimento dos direitos humanos contra-hegemônicos. Assim, ainda segundo o DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar), nas eleições de 2018, o Congresso Nacional teve a maior renovação desde a redemocratização do país, atingindo o percentual de 52% na Câmara dos Deputados e 85% no Senado Federal, o que não significa, necessariamente, que houve avanços e conquista de representatividade ampla e diversa.

Cumpr-se ressaltar que a expressão “fundamentalismo” nasceu como um conceito de relacionado a práticas religiosas e que traduzem a atividade e as crenças de grupos extremamente rígidos e ortodoxos. Porém, a expressão se espalhou para diversas áreas da vida social, inclusive a jurídica. É por isso que Tamayo (2019), em seu estudo sobre o tema, fala na existência de fundamentalismos – que confirmam visões de mundo hegemônicas – que

extrapolam o sentido estrito da expressão, como, por exemplo, a existência do fundamentalismo patriarcal e do fundamentalismo cultural ocidental.

Uma das soluções propostas por estudiosos que defendem as narrativas contra-hegemônicas é a da ampliação da participação popular no processo democrático. Nesse sentido, Young (2014, p. 197) afirma que:

para ser democraticamente legítimas, políticas e ações decididas por meio de deliberação devem incluir a representação de todos os interesses e perspectivas afetados.

A fim de alcançar um sistema democrático mais participativo, é necessária uma mudança ideológica e social, com a possibilidade de explorar novas gramáticas jurídico-sociais e novas perspectivas que ampliem o reconhecimento da pluralidade e do diálogo multicultural capaz de desconstruir as lógicas meramente binárias, competitivas e excludentes que representam as categorias dominantes e hegemônicas. É nesse sentido que será utilizado o conceito de práticas contra-hegemônicas. Desse modo, Santos (2002, p. 60) destaca:

os processos de intensificação democrática que temos analisado tendem a ser fortemente contestados pelas elites excludentes, ou 'elites metropolitanas', como são chamadas por Sheth. Por combaterem interesses e concepções hegemônicas, estes processos são muitas vezes combatidos frontalmente ou descaracterizados por via da cooptação ou da integração. Nisto residem a vulnerabilidade e a ambiguidade da participação.

Os direitos humanos encontram dificuldades de se concretizarem no Sul global justamente porque a herança colonial desses países exige que novas gramáticas, contra-hegemônicas e decoloniais, sejam construídas e reconhecidas pelos diversos níveis de organização social, incluindo o ordenamento jurídico e a estrutura legislativa e executiva do país.

A valorização da pluralidade é, portanto, um dos pilares das narrativas contra-hegemônicas de direitos humanos e da teoria contra-hegemônica da democracia. Essas práticas podem ser conceituadas, desse modo, como o "conjunto de



procedimentos investidos na produção e validação de conhecimentos nascidos das lutas daqueles que têm resistido às sistemáticas opressões do capitalismo e do patriarcado”, como bem esclarece Santos (2019, p.14).

No Brasil, grande parcela das conquistas da comunidade LGBTIA+ decorre da judicialização de demandas que buscam o reconhecimento de direitos fundamentais. É o que pode ser observado na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a criminalização da LGBTFOBIA na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733; na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 de 2011, que reconhece a união estável entre casais do mesmo sexo; e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275 de 2019 que garante aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

A atividade legislativa no tocante aos direitos da comunidade LGBTIA+ tem sido extremamente truncada, devido a pouca representatividade efetiva dos grupos minoritários no Congresso Nacional. Projetos de lei progressistas e que promovem esses direitos são negligenciados e tramitam por anos até perderem sua validade, serem arquivados e terem o ciclo novamente iniciado.

Quanto à criminalização da LGBTFOBIA, não é diferente. Negligenciada na elaboração da Constituição Federal de 1988, onde a proposta de inclusão da discriminação por razões de sexualidade e identidade de gênero foi ampla e majoritariamente rejeitada, o projeto de lei 5.003/2001 (com objetivo de criminalizar a discriminação ou preconceito em razão de gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero) foi aprovado na Câmara dos Deputados no ano de 2006 e ficou paralisado no Senado Federal até que perdeu sua validade. Em 2011 foi requerido seu desarquivamento e, em 2013, foi absorvido pela pauta do projeto de lei do novo Código Penal brasileiro, sem data para ser votado.

É por isso que a função contramajoritária do precedente constitucional do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a LGBTFOBIA deve ser destacada,

inclusive como marcador social do discurso de combate à discriminação. Quando se fala de grupos que não representam as classes dominantes ou as ideologias dominantes, deve-se entender a essencialidade da atuação judicial nos vácuos legislativos para garantia de direitos fundamentais.

A função contramajoritária representa, portanto, o movimento progressivo das Cortes e Tribunais Constitucionais com a função de proteger os grupos minoritários em face de discriminações das maiorias. Isso porque o sistema democrático não existe para garantir as vontades da maioria e nem se exaure com o exercício do direito ao voto. As democracias se sustentam com o reconhecimento da pluralidade e do diálogo constante entre seus atores sociais.

Barroso (2018) esclarece que, entretanto, não se deve confundir a função contramajoritária desempenhada pelas Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais com o fluxo contrário ao Legislativo que podem assumir. No primeiro caso, o Tribunal atua para resguardar os direitos e interesses de grupos minoritários que têm seus direitos fundamentais negados em virtude da vontade de uma maioria representada pelo Poder Legislativo eleito. Já no segundo caso, o Judiciário vai de encontro aos interesses do Legislativo que atua sem refletir a vontade de uma maioria da sociedade.

Sobre a importância da função contramajoritária nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello (2019, p.143) afirmou em seu voto na ADO nº 26/DF que a decisão da criminalização da LGBTFOBIA está em evidente consonância com tal função:

cumprir enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política, que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão.

Assim, embora o papel do Judiciário seja de extrema importância, é preciso alinhar o discurso (reconhecimento e promoção de direitos LGBTIA+) à prática dentro das diversas estruturas institucionais. Para tanto, é essencial investir em políticas públicas oficiais de transição. O que, nas ciências políticas significa, de acordo com Brand (2016, p.124):

a *transição* é entendida como um conjunto de estratégias e, eventualmente, de processos de mudança políticos e sociais orquestrados exclusivamente a partir de políticas públicas. Costuma-se criar um novo marco jurídico, que é dotado do financiamento necessário e identifica os problemas, para eventualmente estabelecer novas instituições políticas (ou reorientar instituições existentes) com o objetivo de promover as mudanças desejadas.

Exemplos dessa atuação estão na instituição de portarias e circulares dentro da estrutura dos Ministérios do governo federal em algumas oportunidades: Portaria nº 513/2010 – Ministério da Previdência Social: reconhece as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo para assegurar-lhes igual tratamento a seus dependentes para fins previdenciários; Portaria nº 2.836/2011 – Ministério Da Saúde: institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Política Nacional de Saúde Integral LGBT).

Como herança do silenciamento quanto aos direitos fundamentais da comunidade LGBTIA+, é possível apontar falhas e omissões no desenvolvimento dessas políticas, como a inexistência de uma base de dados oficial capaz de revelar com maior precisão os números e o mapeamento da violência contra os grupos LGBTIA+ e a falta de escuta qualificada nas estruturas policiais de notificação desses crimes. Em ambas as situações, a falta dessas políticas tem como resultado a invisibilização da identidade das vítimas e, portanto, falhas graves na real promoção da dignidade humana.

Entretanto, o avanço do reconhecimento dos direitos da comunidade LGBTIA+, ainda que enfrente inúmeras dificuldades, não pode ser contido, com destaque à atuação fundamental dos movimentos sociais que fazem dessa sua luta

diária, na busca por novas dinâmicas sociais que não silenciem, não oprimam nem invisibilizem ou excluam existências e subjetividades.

## CONCLUSÃO

Ao realizar considerações sobre a criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal, mostra-se importante celebrar o marco jurídico que essa decisão representa, uma vez que o Brasil é historicamente um país machista, patriarcal e violento. Embora exista alto grau de violência em virtude de discriminações por orientação sexual e/ou identidade de gênero, inexistente marco legislativo federal de proteção aos direitos LGBTIA+ no país, um retrato conservador e fundamentalista de nossas instituições. Para além da atuação do Judiciário, é essencial celebrar o papel dos movimentos sociais na construção das lutas pelo reconhecimento dos direitos LGBTIA+ que levaram até o momento da criminalização da LGBTFOBIA, privilegiando o protagonismo desses movimentos nessa construção.

Já ao propor uma discussão sobre as possibilidades do sistema de precedentes brasileiro na busca pelo reconhecimento de direitos fundamentais, entende-se que é preciso ultrapassar as possibilidades meramente técnicas dessas decisões. A fim de valorizar novas gramáticas jurídico-sociais, multiculturais e pluridiversas, é preciso dar ênfase às possibilidades sociais que ultrapassem a dogmática pura do Direito e assumam espaços importantes de construção e ampliação dos debates acerca dos direitos de grupos historicamente subjugados, como é o caso da comunidade LGBTIA+ no Brasil.

Por fim, ao propor a busca por concepções contra-hegemônicas de direitos humanos, fica demonstrada a importância da valorização das inúmeras nuances das narrativas de dignidade e a necessidade de, além de reforçar as estruturas democráticas de nosso país, romper com as pretensões universalistas que possam perpetuar zonas de invisibilidade humana em nome de valores consolidados através



do apagamento das existências subalternizadas pelos processos históricos coloniais e patriarcais que ainda refletem nas vivências brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Dossiê dos Assassinatos e da Violência Contra Pessoas Trans Brasileiras. 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.org/2020/01/29/lancado-dossie-sobre-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2019/>. Acesso em: 05 set.2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito Práxis**, v.9, p.2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRAND, Ulrich. Estado e políticas públicas. In: DILGER, G., LANGER; FILHO, M. J.P (org.). **Descolonizar o imaginário**: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento, p.123-137. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

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

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº26/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso Antônio de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 19 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132** de 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275** de 2019.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Portaria nº 513 de 9 setembro de 2010**. Brasília. 2010. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:ministerio.previdencia.social:portaria:2010-12-09:513>. Acesso em: 05 out.2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.836 de 1º dezembro de 2011**. Brasília. 2011. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836\\_01\\_12\\_2011.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html). Acesso em: 05 out. 2020.

DA SILVA, Vitória Régia. No Brasil, 6 mulheres lésbicas são estupradas por dia. **Gênero e Número**. 22 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/no-brasil-6-mulheres-lesbicas-sao-estupradas-por-dia/>. Acesso em: 05 set.2020.

DIAP – Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. **Novo Congresso Nacional em Números**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2018/10/Novo-Congresso-Nacional-em-Numeros-2019-2023.pdf>. Acesso em: 10 set.2020.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da Modernidade: Conferências de Frankfurt**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

LEGALE, Siddharta. Superprecedentes. **Revista GV**, vol. 12, nº3, p. 810-845, set-dez 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/66592>. Acesso em: 30 set. 2020.

LUGONES, María. **Colonialidade e gênero** (2008) in Hollanda, Heloisa B. de. (org.). **Pensamento feminista hoje: perspectivas decoloniais**, p.52-83. 1.ed. Rio de Janeiro: Bazar do tempo, 2020.



MALDONADO-TORRES, Nelson. **Da Colonialidade dos Direitos Humanos** in O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade, p. 87-110. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Patrícia Campos. O Supremo e os Precedentes Constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. **Revista Universitas JUS**, vol. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

NEVES, Daniel A. A. **Manual de direito processual civil – Volume único**. 8.ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

ONU. **UN free & equal**. Disponível em: <https://www.unfe.org/pt-pt/>. Acesso em: 06 set.2020.

\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em 06 set. 2020.

\_\_\_\_. **Relatório do Alto Comissário para os Direitos Humanos sobre discriminação e violência contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de Gênero**. 2015. Disponível em: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/19/41](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/19/41). Acesso em: 05 set.2020.

PEREIRA, Marcus Eduardo. AGU pede que STF esclareça se criminalização da homofobia atinge liberdade religiosa. **Jornal de Brasília**. 14 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/politica-e-poder/agu-pede-que-stf-esclareca-se-criminalizacao-da-homofobia-atinge-liberdade-religiosa/>. Acesso em: 15 out.2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.



\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**, jun., 2009.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de S., S., Bruno (org.). **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**, p.39-61. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**, p.227-278. São Paulo: CLACSO, 2005.

TAMAYO, Juan José. Apologia do diálogo perante os fundamentalismos. In: SANTOS., Boaventura de S.; S., Bruno (org.). **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**, p.111-131. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

YOUNG, Iris. Desafios ativistas à democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº 13, jan-abr de 2014, p. 187-212.

Recebido em 15/10/2020

Publicado em 23/02/2021