

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CLEIDE CALGARO

MÁRCIA RODRIGUES BERTOLDI

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Cleide Calgario; Márcia Rodrigues Bertoldi; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-583-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II foi realizado durante o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido de 13 a 16 de julho de 2018 na Universidade Federal da Bahia, em Salvador/BA, reunindo pós-graduandos e professores de diversas instituições do Brasil, os quais apresentaram e submeteram à análise de seus pares trabalhos com temáticas voltadas ao Direito Público, com ênfase em Constituição, Democracia e Direitos humanos.

Especificamente, os trabalhos apresentados abordaram federalismo e direito à saúde; demandas sócio-políticas por reconhecimento dos direitos dos LGBTI; amparo constitucional do idoso; o instituto do referendo em perspectiva comparada; controle de constitucionalidade dos atos normativos frente à lei orgânica municipal; proteção ambiental; o novo constitucionalismo latino-americano; isenções tributárias; liberdade de informação jornalística; democracia e direitos humanos; o papel do STF e da democracia; ativismo judicial e democracia participativa, para citar alguns.

Todas as discussões travadas voltaram-se a uma profunda reflexão sobre o atual estágio de desenvolvimento do estado democrático de direito no Brasil, propondo sugestões para a garantia mais efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Em sendo assim, entendemos como importante a leitura dos trabalhos apresentados e agora disponibilizados em formato digital, na medida em que se constitui em mais uma ferramenta para compreender e avançar no nosso atual estágio democrático.

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi – UFPEL

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos – UFMA

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E DEMANDAS SÓCIO-POLÍTICAS
POR RECONHECIMENTO: UMA CRÍTICA ESTRUTURAL SOB A ÓTICA DA
SUPRESSÃO SIMBÓLICA DOS DIREITOS LGBTI**

**STATUS OF UNCONSTITUTIONAL THINGS AND SOCIO-POLITICAL
DEMANDS FOR RECOGNITION: A STRUCTURAL CRITIC UNDER THE VIEW
OF THE SYMBOLIC SUPPRESSION OF LGBTI RIGHTS**

Rafael dos Reis Aguiar ¹

Resumo

O trabalho tem por escopo analisar a viabilidade de aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, advindo da Corte Constitucional colombiana, para o tratamento das lgbtfobias no Brasil. Tal instituto já é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, e vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal para remediar graves e sistemáticas violações de direitos humanos, constatada inércia na omissão dos órgãos aptos para a solução da causa do problema. Defende-se que a homofobia é um problema estrutural no Brasil, atinge majoritariamente jovens, negros e pardos, nas ruas e em suas próprias casas, estando apta à aplicação da tese.

Palavras-chave: Estado de coisas inconstitucional, Reconhecimento, Lgbti, Direitos humanos, Cidadania

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to analyze the feasibility of applying the State of Things Unconstitutional, coming from the Colombian Constitutional Court, for the treatment of lgbtfobias in Brazil. Such an institute is already a reality in the Brazilian legal system, and has been applied by the Federal Supreme Court to remedy serious and systematic violations of human rights, verified inertia in the omission of institutions able to solve the problem. Homophobia, as a structural problem in Brazil, mainly affects young people, blacks and browns, in the streets and in their own homes, being able to apply the thesis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State of things unconstitutional, Recognition, Lgbti, Human rights, Citizenship

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em "Novos Direitos, Novos Sujeitos" da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a viabilidade de aplicação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), originado na Corte Constitucional colombiana quando da *Sentencia de Unificación (SU) 559*, de 1997, em que se declarou, pela primeira vez, o referido Estado de Coisas, passando a Corte a desenvolver e aperfeiçoar a categoria em sua jurisprudência¹. Na *Sentencia T-025 de 2004*, a Corte Constitucional enumerou “fatores de observância obrigatória” (LYONS, MONTEROZZA, MEZZA, 2011, p. 72) para determinar a declaração de um *Estado de Cosas Inconstitucional*, quais sejam:

- 1) *La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas.*
- 2) *La prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos.*
- 3) *La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado.*
- 4) *La no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos.*
- 5) *La existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante.*
- 6) *El hecho de que si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la*

¹ O Prof. Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em seu texto publicado na plataforma “Consultor Jurídico” enumera as seguintes decisões: “*Sentencia SU-559*, de 6/11/1997. No caso, 45 professores dos municípios de *María La Baja* e *Zambrano* tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando número amplo de professores além dos que instauraram a demanda. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o Estado de Coisas Inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos governadores e Assembléias, aos prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentárias. Também, na *Sentencia T-068*, de 5 de março de 1998: mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas dirigidas a obter recálculos e pagamentos de diferenças das verbas previdenciárias; *Sentencia SU-250*, de 26/5/1998: determinar a realização, em âmbito nacional, de concurso público para notário ante a omissão do Estado em organizar o certame; *Sentencia T-590*, de 20/10/1998: ordenar a confecção de políticas públicas eficientes de proteção dos defensores de direitos humanos no país; *Sentencia T-525*, de 23/7/1999: remediar o atraso sistemático no pagamento, por entidades territoriais, das verbas de aposentadoria. Os casos do sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas serão abordados em separado na sequência”.

protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Assim, observada a doutrina constitucionalista colombiana, o Estado de Coisas Constitucional existe por si só a partir de uma situação fática de grave, massiva e sistematizada violação de direitos humanos fundamentais constitucionalmente positivados, sobre a qual o Estado, através de comissão ou omissão, legitima a manutenção estrutural dessas lesões, isentando-se de promover políticas públicas. Ou seja, o Estado ignora violações sistemáticas de direitos fundamentais de seus cidadãos. Sobre tais requisitos, vide excerto do voto do Ministro Marco Aurélio, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, no qual são citados precedentes da jurisprudência colombiana:

Há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004). (Voto Relator Min. Marco Aurélio, p.19. Data de Publicação DJE 19/02/2016 - Ata nº 13/2016. DJE nº 31, divulgado em 18/02/2016)

Tal instituto é reflexo de um fenômeno que, desde o início do século passado vem tomando conta das metódicas de poder. Leciona Rodrigo Brandão (BRANDÃO, 2017, p. 2017) na apresentação de seu livro “Cortes Constitucionais e Supremas Cortes”, que desde a difusão do modelo norte-americano de constitucionalismo, ou seja, com fundamento no princípio hierárquico kelseniano de que a Constituição é a lei fundamental que atribuiu validade a todos os atos normativos inferiores e de que cabe ao Poder Judiciário exercer, jurisdicionalmente, o controle de constitucionalidade das leis, o fenômeno da “expansão global do Poder Judiciário” vem sendo vislumbrado.

Fundamenta o autor que tal fenômeno consiste em uma resposta às experiências autoritárias vivenciadas ao segundo pós-guerra, com a queda dos regimes autocráticos de países da Europa (ex: Alemanha e Itália, e, no fim dos anos 1970, Portugal e

Espanha), com o início do processo decolonizante (ex: nos países da África e na Índia), tal como as duas últimas décadas do século XX, em razão dos processos de redemocratização após as sombrias ditaduras militares na América Latina, e, por fim, da transição para as democracias constitucionalizadas de livre-mercado dos países que vigoravam sob o pendão dos regimes comunistas.

A expansão das responsabilidades do Poder Judiciário pode ser vista, então, como uma resposta à desídia dos outros Poderes no que diz respeito à atuação na salvaguarda dos direitos fundamentais face, principalmente, à atuação estatal. Antes desse novo paradigma inaugurado com a ascensão do Estado Democrático de Direito nos países em transição, afirma Brandão:

(...) ao Parlamento recém-dotado de legitimidade democrática – é de se ressaltar, naturalmente, o voto censitário – era atribuída uma posição de primazia, pois lhe competia, em regime de exclusividade, a criação do Direito. Aos demais Poderes cabia a edição de atos de concretização do Direito (atos administrativos e decisões judiciais), de modo que a separação de poderes se limitava a uma separação orgânico-funcional, em que o órgão responsável pela criação do Direito não poderia acumular a função de aplicá-lo, sob pena de se tornar soberano.

Há uma centralização da atuação do Poder Judiciário como, em primeiro lugar, aquele que diz o Direito aplicável, e em segundo lugar, aquele que gera o próprio Direito quando este se vê afrontado de alguma maneira pela atuação tanto dos particulares, quanto do próprio Estado no exercício de sua autoridade. Compreensão esta bastante criticável tendo em vista que, desde o século XVII a estrutura do Estado foi repensada para limitar a autoridade do Imperador, que unicamente detinha em suas mãos toda a administração do que viria a ser os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Com o advento das revoluções liberais na Europa, Montesquieu² veio a pensar um sistema de autocontenções dos Poderes, de modo a justificar a estruturação do Estado de forma tripartite para garantir, numa sistemática de “freios e contrapesos”, limitações aos poderes estatais e salvaguarda de direitos inderrogáveis.

² A harmonia entre os poderes foi algo tratado por Montesquieu no sentido de serem os Três Poderes pensados, inicialmente, para combiná-los, “(...) regrá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro.” (O espírito das leis. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-26).

A problematização que se busca trazer é justamente na possibilidade dessa tese, se adotada pela jurisdição constitucional brasileira, servir de estepe para legitimar uma vez mais a inércia do Estado quanto a problemas estruturais sócio-políticos, especificamente demandas que exigem um comportamento positivo do Estado, como por exemplo, a prevenção e a criminalização da homofobia.

Inegavelmente é uma tese que pode ser utilizada para legitimar a inércia estatal. Declara-se o estado de coisas, notificam-se os demais Poderes, e o Judiciário constitucional dá seu papel por cumprido. Outra leitura pode ser feita da aplicação desta tese é a seguinte: a supressão do conflito social e político, intrínseco à democracia, pelo próprio Poder Judiciário, que detém o mister de resguardá-la, perpetuando-se a lógica liberal universalista massificadora de dissidências sociais e políticas.

Após a 2ª Guerra Mundial, o Direito Moderno passou por uma profunda crise existencial: as massivas, generalizadas e sistemáticas graves violações de direitos humanos de minorias políticas, étnico-raciais, sociais. Tudo isso sob a égide da lei e do Estado fundamentado numa forma de positivismo jurídico. Mesmo após as grandes revoluções liberais, a partir do séc. XVII, e o advento de ideias como “liberdade”, “igualdade” e “fraternidade”. A grande questão foi que se esqueceu de perguntar “a quem?”.

Em razão da edificação das ordens jurídicas modernas sobre tais pilares, a igualdade formal garantida pelo reconhecimento dos direitos individuais e políticos não alcançou certos sujeitos. Exemplifica o autor que, mesmo com a persistência do paradigma liberal ocorreram momentos trágicos na história mundial: a escravidão, as capacidades eleitorais ativas e passivas limitadas e as desigualdades sociais. Sustenta que o racionalismo iluminista fez escolhas por “normalidades” a partir de comportamentos desejáveis, visando certos objetivos. Como por exemplo, a criminalização de certas ações. A justiça criminal foi utilizada para censurar qualquer manifestação desviante do padrão ideologicamente estabelecido como se em “caixas conceituais” a partir de “binarismos modernos” (BAHIA, p. 499. 2016). As demandas modernas vêm criando novas caixas conceituais, inventando novas normalidades calcificadas que, por consequência, excluem novamente aqueles que não se encontram num determinado padrão estabelecido.

Dessa forma, se pode falar de uma tentativa de se tratar de uma universalização da ideologia liberal como não ideológica (RESTREPO, 2014, p.75) e universalizar os direitos universais, sacrificando as individualidades (RESTREPO, 2014, p.77).

La modernidade liberal há sembrado la falsa ilusion de la autoconciencia y la autosuficiencia del sujeto, esta distorsion del ser conlleva automaticamente a la negacion del outro o em el mejor de los casos a la exigência de que el otro sea identico a mi para poder ser reconocido (RESTREPO, 2011, p.122)

2 OBJETIVOS DO TRABALHO

O objetivo principal desta pesquisa é examinar problemas e possibilidade da importação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil, face os problemas estruturantes do Poder Judiciário brasileiro e suas decisões extenuantes como consequência dos consensos sociais ocultos da própria sociedade contra o reconhecimento da identidade das minorias políticas e sociais, especificamente a comunidade LGBT, através da democratização das medidas que buscarão sanar tais problemas.

Por outro lado, a pesquisa procurará desvendar mecanismos ideológicos nas práticas da jurisdição constitucional, ou melhor, na aplicação da tutela jurisdicional constitucional com o intuito de explicitá-las criticamente.

Logo, o projeto se revela como uma pesquisa no campo da teoria crítica do direito constitucional e lançará mão da metodologia pragmatista para elaborar suas assertivas, sobretudo por meio da perspectiva consequencialista pierceana, analisando todas consequências possíveis, no caso, da importação da teoria, tanto gerais, quanto para a remediação da homofobia no Brasil.

2.1Objetivos específicos

- a) Criticar decisões paradoxais do Supremo Tribunal Federal em confronto com o discurso de direitos fundamentais e humanos da comunidade LGBT, isto é, princípios de valorização da democracia e da cidadania face às decisões da Corte

Constitucional da Colômbia. Demonstrar como a prática judiciária contradiz cotidianamente esses discursos, imunizando a ideologia conservador-liberal, depreciando identidades e sustentando interesses do capital ligado aos setores conservadores da sociedade brasileira;

- b) Sistematizar e explicitar
os principais discursos e arcabouços argumentativos no Brasil sobre o reconhecimento de direitos das minorias sócio-políticas (especificamente a comunidade LGBTI) e suas consequências no exercício da jurisdição constitucional;

- c) Repensar o conceito
tradicional de “Constituição”, ou seja, alinhando-se agora às preocupações latino-americanas, em detrimento de um modelo comum de texto constitucional definido meramente como um estatuto jurídico limitador do poder estatal;

- d) Analisar a viabilidade de
aplicação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pelo STF como uma alternativa a resolver os problemas de efetividade da Constituição brasileira, no que tange reconhecimento de direitos da minoria LGBT, através de um diálogo institucional com os demais Poderes da República sob a égide do paradigma do Estado Constitucional Democrático de Direito;

- e) Explicitar a
consequência da visão de mundo liberal/eurocêntrica/colonial/conservadora na criminalização e patologização históricas das identidades LGBT, no que tange ao seu reconhecimento enquanto movimento social, sua participação na vida política, da cidadania atuante no Brasil, como meio de manter a Autoridade Pública inatingível das demandas populares, identificando os compromissos constitucionais assumidos com essa população com a Constituição da República de 1988;

4 METODOLOGIA

O método que dará alicerce à pesquisa consiste na revisão de literatura interdisciplinar dos autores de teoria crítica do direito, bem como das ciências política e social, e da história que analisam as insuficiências do poder judiciário, a fim de construir um manancial teórico capaz de estruturar a pesquisa. A pesquisa envolveu, ao mesmo tempo, levantamento tanto bibliográfico, quanto normativo.

Entretanto, partindo do pressuposto de que a filosofia pragmatista pode ser definida como método filosófico, procurar-se-á compreender as inconsistências da aplicação jurisdicional no Brasil, nas cortes constitucionais domésticas dos países do MERCOSUL, e nas cortes internacionais de direitos humanos, por meio a análise das consequências dos resultados das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com foco no rompimento da visão do direito como uma ordem positivista, sob os pilares de alguns elementos, que na perspectiva de Dias e Gustin:

O primeiro elemento é a ideia de que a realidade jurídica está condicionada pela trama das relações de natureza econômica, política, ética e ideológica. (...) O segundo elemento constitui-se na necessidade de questionar os institutos já positivados no ordenamento nacional que, em boa parte, reproduzem o status quo e, por conseqüente, praticamente desconhecem as demandas de transformação da realidade mais abrangente. O terceiro elemento refere-se ao fato de que a escolha da metodologia ignifica a adoção de uma postura político-ideológica perante a realidade. (GUSTIN, Miracy. DIAS, Maria Tereza. 2006)

A pesquisa assume, pois, caráter primordialmente descritivo (GIL, 2002, p.28), uma vez que se concentrou na coleta de dados e do arcabouço legislativo e doutrinário a respeito do tema – ainda que possa, indireta e subsidiariamente, também propor relações entre dados de violência e ausência de políticas e leis de combate às mesmas.

4 DESENVOLVIMENTO

Historicamente, observa-se que no Brasil, não distante do restante da América Latina, até recentemente, o pensamento majoritário entre pesquisadores e entre os

sobreviventes do Regime Militar (1964-1985) era o de que a Ditadura somente perpetrava graves violações aos direitos humanos de seus opositores políticos no sentido estrito: pessoas que eram perseguidas porque eram acusadas de serem comunistas ou opositoras, e, por isso, consideradas perigosas à Ditadura.

A realidade é que o Regime Militar, inegavelmente, atingiu toda a sociedade brasileira. Ademais, não pretende o presente trabalho analisar a história de todos os setores reprimidos pela Ditadura. Reconhece-se que a perseguição recaiu diretamente sobre todos os setores que exerciam alguma oposição ao Regime, sobre os quais recaíram inúmeras, senão as piores, graves violações de direitos humanos. Contudo, para fins de delimitação de objeto de estudo, o presente anteprojeto se aterá à análise, especificamente, das práticas repressivas e persecutórias contra a população LGBTI tendo em vista que, conforme afirma o Prof. Renan Honório Quinalha (QUINALHA, 2015, p. 110):

O autoritarismo também se valeu de uma ideologia da intolerância materializada na perseguição e na narrativa de controle de grupos sociais tidos como desviantes da moral então vigente, destacando-se as violências cometidas contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e trans-gêneros (LGBTs)

Inegável é que, por serem tradicionalmente, no Brasil e no mundo, uma camada social mais marginalizada, a população LGBT foi um alvo privilegiado da repressão e das políticas de controle social do Regime. Conforme expõe Renan Quinalha, a perseguição a travestis; especialmente nos pontos de prostituição, onde eram muitas vezes por “crime de vadiagem (...), ou de perturbação da ordem pública, censura ao teatro e às artes que simbolizavam de forma aberta as sexualidades dissidentes”; não foi o único exemplo de prática discriminatória na época.

Segundo o mesmo autor, a homo-lesbofobia institucionalizada já encontrava raízes profundas nos órgãos de controle e repressão com expurgos de cargo públicos, com diversos exemplos, tais como exoneração de oficiais das Forças Armadas, recorrente ainda hoje, e o caso de 15 diplomatas cassados do Itamaraty em 1969, sendo que sete deles o foram sob a justificativa explícita de “prática de homossexualismo, incontinência pública escandalosa” (QUINALHA apud FRANCO, 2015. P. 110).

Práticas institucionais estas que podem facilmente ser identificadas até hoje, afinal, a homofobia é um litígio estrutural, consistindo assim em inafastável obrigação

do Estado brasileiro em proteger tais identidades, conforme a recomendação nº 15 do relatório da Comissão Nacional da Verdade³, divulgado em 2014. Não pretende este trabalho sustentar que o início da homofobia no Brasil se deu com o início do regime militar em 1964. Contudo, sustenta que, foi neste período, que houve uma maior institucionalização, inclusive normativamente, dessa forma de discriminação pelo Estado brasileiro.

Analisando a capacidade do Direito moderno em lidar com a gramática da diversidade (orientação sexual e questões de gênero) é possível identificar nas origens do próprio Estado Moderno, as razões pelas quais os sistemas jurídicos não concebem, não reconhecem, novas identidades de antigos sujeitos marginalizados e invisibilizados, a partir do advento de novas ordens constitucionais emolduradas sob o dito paradigma do Estado Democrático de Direito.

No Brasil hoje, especificamente, o Poder Judiciário vem sendo protagonista de certas condutas cuja “democraticidade” é bastante questionável no que tange à proteção aos direitos fundamentais, isso, pois a “judicialização da política” é também um fenômeno recorrente no país hoje, com suas conseqüências positivas e negativas. Afirma o Prof. Werneck (2014, p. 47), categoricamente, que tal processo em que conduz o Judiciário a “(...) exercer controle sobre a vontade do soberano (...)” é conseqüência direta da opção constitucional pelo controle abstrato de constitucionalidade das leis, dando-se esta através de uma “comunidade de intérpretes” fechada, em contrassenso à outros casos na América Latina, de se refundar, sob princípios participativos plurais e inclusivos, antigas instituições através da assunção de “novos papéis”.

De qualquer forma, a lógica universalista-racionalista introduzida pelo Estado Liberal fez um desserviço à lógica do pluralismo tendo em vista que esta não se preocupou em incluir, mas sim atribuir algum grau de segurança jurídica àqueles que “tinham o que defender do Estado” (homens, brancos, proprietários, detentores dos meios de produção, heterossexuais, cisgêneros, etc.), o que acabou por aprofundar o abismo de direitos entre cidadãos.

De um lado, aqueles que sempre detiveram os meios formais/ institucionais de manifestação de controle da produção de normas. De outro, aqueles que sempre permaneceram à margem, à mercê das normas fincadas em uma ideologia massificante e distante das demandas

³ Relatório Final – CNV/2014: “(...) 15- Garantia de atendimento médico e psicossocial permanente às vítimas de graves violações de direitos humanos;”

sociais de pluralidade e reconhecimento. E entre eles o espaço público, que sempre serviu de arena para que demandas por reconhecimento fossem colocadas em pauta e o Estado, através de suas três facetas republicanas tradicionais (Executivo Legislativo e Judiciário), negasse a elas qualquer tipo de legitimidade ou aptidão para o diálogo público sobre a proteção dessas subjetividades.

A grande problemática que se traz é como o racionalismo iluminista calcificou identidades, e corpos, criando padrões de normalidades de ser, estar e pensar, incorporando tal perspectiva nas raízes do Direito Moderno. Criminalizam-se condutas, identidades, movimentos sociais, sob um véu ideológico de imparcialidade do Direito. Foi fundado no positivismo jurídico que se justificou a manutenção de injustiças sociais, racismo, extermínio de minorias étnicas e a perseguição e criminalização daquelas pessoas que fugiam do padrão estabelecido quanto à classe social, gênero, ou sexualidade. Cita o professor que “o aparato penal foi utilizado para reprimir qualquer manifestação desviante de certo padrão estabelecido” (BAHIA, p. 486, 2017).

O Direito se ocupou em atribuir certo grau de segurança jurídica às identidades por ele já conhecidas e, consciente ou inconscientemente, gerou um apagamento de titulares de prerrogativas fundamentais da mesma forma como aqueles que se encaixavam no padrão posto. Como bem afirma o autor: “o Direito não se abre à possibilidade da diversidade”, pois foi construído a partir da calcificação de “normalidades, de linearidades” (BAHIA, p. 487, 2017). Ocupou-se o Direito em compartimentar subjetividades líquidas, que, por sua vez, escaparam pelas frestas tendo em vista que a gramática desse instrumento para lidar com demandas por reconhecimento de novos direitos e novos sujeitos é enraizada em parâmetros estamentais, binários, classistas e conservadores.

O Direito aprisiona a realidade (BAHIA, p. 488, 2017), patologizando, quando não criminalizando, as adversidades existenciais que escapam aos moldes postos, reduzindo ainda mais a estima social que tais identidades discriminadas moral e juridicamente detém. Afinal, a modernidade se estrutura a partir das “leis de regularidade descobertas pelas ciências biológicas e exatas” (BAHIA, p. 496, 2017). Paradoxalmente, a própria modernidade não sabe ligar racionalmente com as divergências/dissidências dos padrões postos. À modernidade não foi dada nenhuma capacidade de reflexão.

Quando procura compreender a origem, no Brasil, das dificuldades que as demandas por reconhecimento encontram, o autor localiza o mal em sua raiz: a própria constituinte. Durante as discussões sobre o novo projeto de Constituição que seria promulgado em 1988, quando da Constituinte de 1887, setores conservadores e religiosos impediram a inclusão da expressão “orientação sexual” no inciso IV, do art. 3º do diploma (BAHIA, p. 89-115, 2010). Isso, pois, segundo os mesmos, a inclusão seria desnecessária uma vez que o inciso traria a expressão generalista “e quaisquer outras formas de discriminação” que, hermeneuticamente, poderia deduzir-se a vedação à discriminação por orientação sexual. Ademais, identifica mais recentemente investida da bancada parlamentar conservadora em barrar qualquer esperança de proteção normativa às diversidades, como foi o caso do PLC 122/06.

O projeto foi acusado de cercear a liberdade de expressão religiosa e de ser legislação desnecessária, tendo em vista que, segundo eles, os números de violência física à LGBTIs em razão exclusiva de sua sexualidade, seriam “superdimensionados ou muito pequenos comparados às mortes/violências sofridas por quem não é LGBTI” (BAHIA, p. 491, 2017). Acusou-se à população LGBT de estar perseguindo para si até mesmo “superdireitos”. Numa falsa contraposição de direitos, uma pretensão ilegítima afoga outra pretensão legítima, sob o argumento que as demandas por reconhecimento de minorias por diversidade querem, na verdade, privilégios. O PLC 122/06 foi então arquivado.

Internacionalmente, as iniciativas de projetos para proteção e reconhecimento de identidades LGBTIs têm demonstrado crescimento relevante. Já é posicionamento consolidado pela ONU, pela OEA e pela União Européia que seus Estados-Membros não podem agir com indiferença em relação às práticas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero. Ao contrário, devem promover ativamente medidas para inclusão, proteção e reconhecimento desses novos sujeitos.

Todavia, quando se avalia criticamente as medidas tomadas por organizações internacionais, consta-se que a preocupação é muito maior com uma propaganda pela hegemonia da perspectiva ocidental de modernidade, do que com agenda do multiculturalismo e pluralismo. O discurso multicultural e pluralista precisa de expansão e propriedade econômica para encontrar terreno fértil, como se pode averiguar em muitos países tidos como “democracias consolidadas”. O Direito Moderno, este

emanado pelo Estado-nação Moderno, é incapaz. É fundamentalmente “uniformizador e excludente de diversidade” (BAHIA, p. 495, 2017).

A tese da ECI, então, se mostra uma alternativa relevante para neutralizar os males do silêncio institucional acerca da homofobia no Brasil, agora através de uma intensificação do diálogo entre os poderes, “(...) empoderando entidades sociais que passam a poder participar da construção dos caminhos para o estancamento do litígio estrutural” (ARAÚJO, CABRAL in STRECK, CABRAL e outros. 2016 p. 198).

Os efeitos propriamente ditos da referida declaração atribuem ao Judiciário uma ampliação do seu papel tradicional, ou seja, um papel muito mais comprometido com a sociedade, sobretudo com aqueles indivíduos que se encontram em setores mais vulneráveis sócio-econômico-politicamente “(...) *en la medida en que se da a la tarea de buscar soluciones definitivas a los problemas de naturaleza estructural que se presentan en el país, adoptando decisiones que van más allá del caso concreto y exigiendo el trabajo en conjunto de diferentes autoridades públicas*” (Lyons, Monterozza e Mezza, 2011, p. 73) com a finalidade precípua de promover modificações concretas face à práticas que vão de encontro com as obrigações constitucionais e internacionais assumidas pelo Brasil. Ora, como leciona o Prof. Marcelo Neves com tradicional maestria:

(...) os Estados que recorrem ao princípio clássico da soberania para negar a possibilidade de controles internacionais sobre o desrespeito interno dos Direitos Humanos, em regra, afastam-se radicalmente do modelo de Estado de Direito. De fato, onde houver estado democrático de direito, apesar das diversidades culturais, não surgirão problemas relevantes entre direitos humanos com pretensão de validade mundial e soberania do Estado. Ao contrário, tenderá a haver um crescente reconhecimento das declarações internacionais de Direitos, assim como a positivação legal (inclusive constitucional) e a concretização dos respectivos conteúdos. (2006, p. 220-1)

O presente artigo não pretende inicialmente defender ou repudiar a aplicação do ECI, mas sim problematizar sua aplicação pela jurisdição constitucional brasileira, analisando sua proeminência em face de outros mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade por omissão, previstos no ordenamento jurídico prático. Pretende-se, fundamentalmente, analisar criticamente a viabilidade de aplicação do instituto no

Brasil, sob a ótica brasileira, e não tão somente sob a ótica latino-americana, com a importação descontextualizada do instituto.

A discussão pretende também ter como reflexão acerca das políticas públicas à disposição do Poder Judiciário, afinal, como bem leciona o Prof. Luiz Lênio Streck: “Cada vez temos de dar razão à advertência de Hirschl sobre a *juristocracy*. Diria eu: não dá para fazer um estado social com base em decisões judiciais” (STRECK, 2015).

5 CONCLUSÃO

Afirma a Cecília Caballero Lois (LOIS, p. 184, 2005) que na concepção habermasiana, a transição competitiva entre os paradigmas do Estado Liberal e o Estado Social encobertou a coesão interna entre Estado de Direito e democracia, tendo em vista que existe uma conexão interna explícita entre Direitos Humanos e soberania popular em razão da legitimidade do Direito ser retirada senão das liberdades subjetivas e dos direitos de participação política.

Ora, segundo a autora, Habermas concebe que os Direitos Humanos não devem ser tomados tão somente como dados pela moral e positivados paternalisticamente pelo legislador. O cidadão deve participar do processo democrático de construção do Direito desde as manifestações em rua em prol de alguma demanda social-política, até a aplicação da norma pelo Estado-Juiz, passando então pelo Legislador. Afirma a autora que “no processo legislativo os cidadãos devem fazer-se presentes como sujeitos do direito; e não poderão definir a linguagem que se utilizarão” (LOIS, p. 185, 2005), pois o que se busca é uma generalidade e abstração na lei, e não um interesse individual encarnado na letra do ato normativo.

Habermas (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 119) então defende que inexiste outra possibilidade de democracia, para fins de concretização do Estado Democrático de Direito, senão a democracia radical, pois nas próprias democracias já estabelecidas numa época política secularizada, as instituições existentes não são mais inatacáveis, e continua:

os sujeitos privados não podem chegar ao gozo das mesmas liberdades subjetivas se eles mesmos – no exercício comum de sua autonomia

política – não tiverem clareza sobre interesses e padrões justificados e não chegarem a um consenso sobre aspectos relevantes, sob os quais o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente deve ser tratado como diferente.

Assim, criticam-se os Direitos Humanos como sendo um direito posto, uma vez que sua origem inegavelmente europeia o distancia de demandas regionais, por exemplo, latino-americanas. O olhar para os Direitos Humanos deve ser igualmente crítico como as reflexões sobre as práticas homogeneizadoras modernas, pois a concepção humanista ali encarnada, sua própria narrativa, é pautada em ideais universais, mas atrelado às práticas colonizadoras, numa metódica denominada “colonialidade do poder” (ROMAGUERA, TEIXEIRA apud QUIJANO, 2008). Ou seja, estratifica-se sócio-politicamente uma determinada comunidade ou sociedade em prol da dominação em diversas facetas, como por exemplo, da exploração do trabalho sob a hegemonia capitalista.

Os Direitos Humanos, articulados tradicionalmente pelos vencedores da 2ª Guerra Mundial, tendem a ser mais uma forma de se atribuir a todo ser humano um cerne eurocêntrico, cartesiano, proprietário, heterossexual, branco, denegando existências a outros povos que não se encaixam nessas “caixas conceituais”: tornam-se corpos abjetos (BUTLER, 2001, p. 161). Afinal, como afirma ROMAGUERA, TEIXEIRA (p. 24-25, 2015) o caminhar dos processos de humanização não se opuseram à dominação e concentração de poder, que se deu nas ocupações coloniais, suas libertações e conseqüente inclusão no âmbito internacional como um Estado Nacional. Por óbvio, então, a luta por reconhecimento não pode se pautar somente na defesa dos Direitos Humanos, mas também pela positivação destes nos instrumentos internos de Direitos Fundamentais, de cogência e validades, talvez, menos questionáveis ou, quem sabe, superando dogmáticas e abrindo-se ao diálogo formal com o povo.

A preocupação que se ergue é em analisar as conseqüências da importação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, especificamente no que diz respeito à neutralização de direitos constitucionais, legitimando-se uma perspectiva de constitucionalização meramente simbólica desses direitos inaugurados com a Constituição “Cidadã” de 1988. Dessa forma, o Direito começa a ser permeado com conceitos da Política, observada a constatação que ambos se influenciam mutuamente, como bem expõe o Prof. Marcelo Neves (2007, p. 67):

Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. A autonomia operacional de ambos os sistemas é condição e resultado da existência desse “acoplamento estrutural”.

O STF, quando do julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), enfrentou o pedido para que fosse o sistema penitenciário brasileiro declarado um Estado de Coisas Inconstitucional, nos termos da tese importada pela Corte Constitucional colombiana. Pretendia o partido que o tribunal, ao reconhecer o aludido Estado de Coisas, interferisse “(...) na criação e implementação de políticas públicas, em alocações orçamentárias e na interpretação e aplicação da ordem processual penal, visando reduzir os problemas da superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento” (CAMPOS, 2015).

No acórdão publicado em 19/02/2016 a tese foi amplamente utilizada pelos ministros da Corte Constitucional brasileira, vide excerto da ementa, na qual se reconheceu o sistema penitenciário brasileiro como em um estado inconstitucional de existência:

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

Como se pode ver, a tese do Estado de Coisas já vem sendo aplicada na jurisprudência constitucional brasileira, agora resta saber como se dará essa aplicação em outros casos de demandas que versem sobre outros direitos fundamentais, tendo em vista que é uma ferramenta que pode ser instrumentalizada tanto para afirmação e reconhecimento destes direitos, quanto para a negação e supressão deles.

O ECI é uma alternativa para a construção de soluções jurídicas que casem bem com os problemas latino-americanos, face à constante importação do pensamento jurídico europeu, aplicando-se as devidas adaptações observando os critérios de territorialidade, observando-se que tal “transplante constitucional”, como afirma Gargarella e Curtis exige sua contextualização territorial, afinal, *“la importación de instituciones es inevitable: que institución latinoamericana no deriva, em mayor o menos medida, de una institución extranjera?”*(GARGARELLA, COURTIS, 2009, p.24).

De qualquer forma, é fundamental ter a compreensão de que cada transição política para a democracia deve levar em conta as características peculiares intrínsecas àquele povo, àquela sociedade, àquela estrutura institucional. Como bem afirma André Rufino do Vale (VALE 2017):

Transições de regime são eventos complexos que se desenvolvem de formas diferenciadas em cada momento e local em que se realizam. Não obstante, de modo geral, pode-se dizer que processos políticos de mudanças abruptas na sistematização e redistribuição dos poderes soberanos de uma nação se caracterizam pelos conflitos protagonizados, por um lado, pelas autoridades e elites políticas que estão em vias de perder o poder e pretendem mantê-lo a qualquer custo e, por outro, por aqueles que ascendem democraticamente ao comando dos novos rumos da nação e têm como objetivo primordial por fim às injustiças históricas que levaram à saturação do antigo regime.

O Direito sempre tentará compartimentar as identidades e seus direitos, estes líquidos por natureza, em “compartimentos limitados e intransponíveis” pela via institucional e que, por mais que tente aumentar o número de compartimentos, o formato e as dimensões sempre serão as mesmas: “homogeneizadoras e normalizadoras”. Assim, mister é mudar a matriz estrutural, democratizando através de reformas institucionais, em que se erige o Direito Moderno, bem como seu paradigma, uma vez que tal comportamento, sem uma abertura à reflexão, ao diálogo, tem como consequência inescapável “a exclusão daquele que não se encaixa” (BAHIA, p. 501, 2017), independente de lei, decisão judicial ou política pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, Alexandre Gustavo M. Franco de Moraes. **Sobre a (in)capacidade do direito de lidar com a gramática da diversidade de gênero**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília - DF. Vol. 18, n. 116. Out. 2016./Jan. 2017. p. 481-506.

BAHIA, Alexandre Gustavo M. Franco de Moraes. **A não discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais-LGBT**. Revista de Informação Legislativa, V. 186, abr./jun. 2010, p. 89-115. Disponível em: < [ww.2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198675](http://ww2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198675)> Acesso em 22/03/2018.

BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador. Editora Juspodivum, 2017. 911 pg.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Volume III (Recomendações)**. Brasília: CNV, 2014. 1996p. Disponível em: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf. Consultado em 22 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de outubro de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DA REPÚBLICA DA COLOMBIA. **Sentencia T-025/04**. Disponível em:< www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Consultado em 02/02/2018.

GOMES, Ana Cecília de Barros Gomes. STRECK, Lênio Luiz. TEIXEIRA, João Paulo Allain (Orgs). **Descolonialidade e Constitucionalismo na América Latina**. Arraes Editores – Belo Horizonte, 2015. 192 p.

GARGARELLA, Roberto & COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. CEPAL, 2009, p.24

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. Editora Atlas, São Paulo -SP.6ª edição. p. 220.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 2. ed., São Paulo: Editora. WMF Martins Fontes, 2007.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. La democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2014;

SANTOS, Gustavo Ferreira. STRECK, Lênio Luiz. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de (Org). **Direitos e Democracia no Novo Constitucionalismo Latino-americano** – Belo Horizonte. Arraes Editores, 2016. 209 p.