

# ASPECTOS DO CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO DO DEBATE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DA OMISSÃO LEGISLATIVA EM FACE DO APELO (SOCIAL) AO STF

*Samara de Oliveira Pinho*<sup>28</sup>

Recebido em: 30/04/2019

Aprovado em: 19/08/2019

## RESUMO

Este breve estudo propõe-se a investigar as circunstâncias fáticas e jurídicas que englobam o tema da criminalização da homofobia e transfobia, especialmente no que se refere às razões de sua judicialização perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista a omissão legislativa sobre a deliberação do tema. Nessa perspectiva, numa análise qualitativa, serão avaliados os argumentos e embasamento teórico sobre a liberdade de orientação sexual, bem como a relação difícil entre o Poder Legislativo e Judiciário acerca de questões de caráter relevante em termos sociais e limítrofes quanto à esfera de atuação desses Poderes, que tendem a pôr em choque suas funções. Além disso, far-se-á uma averiguação quantitativa de dados e informações sobre a inércia do Congresso Nacional, em consulta às suas respectivas bases de dados virtuais que estão disponíveis na rede mundial de computadores. Os métodos de investigação são o descritivo e analítico, em virtude das diferentes perspectivas utilizadas neste trabalho, resultando na reflexão de que o STF é tomado como uma via confiável e eficiente para promover as definições necessárias ao tema da criminalização da homofobia e transfobia, considerando o contexto de omissão legislativa apresentado.

**Palavras-chave:** Omissão Legislativa. Criminalização. Homofobia e transfobia. STF.

## 1 INTRODUÇÃO

Com maior frequência, o Supremo Tribunal Federal (STF) é provocado para dirimir lides emergidas de um entrave originalmente do meio político, funcionando até mesmo como

---

<sup>28</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Sete de Setembro – Uni7. Advogada, inscrita na OAB/CE n.º 31.314. E-mail: samara.o.pinho@gmail.com

uma espécie de substituto ao legislador em virtude da omissão parlamentar para deliberar acerca de determinada matéria. O tema da criminalização da homofobia e transfobia é fruto da necessidade de regulamentação de uma legislação mais rigorosa e eficiente para o combater a discriminação por questões de orientação sexual, especialmente quando se constata a ocorrência de inúmeros crimes cometidos por essa motivação e, de outro lado, a inexistência de meios capazes de cessar ou reprimir esses atos.

Nesse sentido, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº. 26), sob o fundamento quanto à própria inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, ressaltando ainda o contexto e a historicidade de uma crescente violência contra a população LGBT.

Nos pedidos da ação, em síntese, pretende-se reconhecer a homofobia e a transfobia como crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF/88) e, subsidiariamente, como discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF/88), mediante a declaração da mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização de tais comportamentos, com a respectiva determinação para a aprovação de legislação criminal que puna a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta da pessoa.

Além disso, requereu-se a fixação de prazo razoável para que o Congresso Nacional legisle sobre a criminalização das condutas em comento e, em havendo mora, que o próprio STF tipifique a homofobia e transfobia como crimes específicos, ao exercer sua atividade legislativa atípica, por meio de aplicação dos termos da Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89) ou de outra que venha a substituí-la. Por fim, pretende-se a responsabilização civil do Estado brasileiro, pela inércia quanto à indenização de vítimas de homofobia e transfobia.

Impulsionou-se, portanto, a realização deste trabalho ao perceber-se a relevância e própria abrangência da discussão concernente à criminalização da homofobia e transfobia, diante de um contexto de omissão legislativa e intervenção judicial, bem como a transcendência de tal tema do mundo jurídico para o meio social, considerando o interesse geral sobre essa situação. Nesta pesquisa, entendeu-se ser útil para a sociedade, independentemente de favorável à criminalização dessas condutas, ter conhecimento sobre o real cenário de omissão legislativa quanto à matéria e quanto às possíveis razões que fizeram esse assunto ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão perante o STF,

conferindo destaque às informações disponíveis sobre a atividade legislativa do Congresso Nacional.

Com efeito, objetiva-se investigar o contexto de omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e transfobia em contraponto à intervenção do STF, sob duas perspectivas, uma qualitativa e outra quantitativa. Explica-se, na primeira, dedicar-se-á à análise de argumentos e embasamento teórico/doutrinário sobre o tema, de modo a identificar o suporte fático e jurídico do direito à liberdade de orientação sexual em meio às discussões gerais sobre o assunto, bem como relatar brevemente sobre a conjuntura da violência contra a população LGBT. Ademais, investigar-se-á as tensões entre Poder Legislativo e Judiciário em relação a assuntos de maior relevância social e de interseção jurídico-política.

Na segunda, expor-se-á especificamente sobre os dados e números relativos à atividade legislativa do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado Federal – extraídos de seus respectivos *sites* na rede mundial de computadores, consoante modelo de pesquisa delineada neste trabalho sobre a temática ora proposta, com vistas a avaliar concretamente as informações disponíveis, a fim de oferecer algum tipo de panorama que explique a judicialização desse debate. Buscar-se-á, assim, satisfazer o seguinte questionamento: quais fatos e dados referentes à omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e transfobia justificam que o STF passe a ser o ambiente de discussão dessa problemática?

De ressaltar que a investigação será realizada pelos métodos descritivo e analítico, possibilitando uma análise, interpretação e valoração de toda a temática ora esboçada, no intuito de estabelecer seus pressupostos e associações teóricas, por meio de levantamento bibliográfico, considerando obras diversas, dentre livros e artigos de periódicos, até atingir-se um resultado contundente e viável. Como dito, ainda, far-se-á também um levantamento da matéria no ambiente de busca virtual da atividade legislativa do Congresso Nacional, para fins específicos quanto ao exame de dados e informações já referidos.

## **2 A PROTEÇÃO À LIBERDADE DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E SUA DISCUSSÃO MORAL: UM DIAGNÓSTICO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL, POLÍTICO E SOCIAL**

Toda pessoa tem o direito de se relacionar com quem bem entender, seja ou não do mesmo sexo? Considerando os pressupostos e normas fundamentais da Constituição Federal

de 1988 (CF/88), a resposta positiva ao questionamento proposto é quase automática e irreflexa, vez que, dentre as liberdades fundamentais, encontra-se a própria liberdade de orientação sexual, a qual preceitua o permissivo jurídico aos indivíduos para se envolver intimamente com quem lhe aprouver. Em linhas objetivas, não se encontra na ordem jurídica brasileira, pelo menos, qualquer entrave legal à homossexualidade.

Sob um aspecto axiológico, a liberdade de orientação sexual ou, simplesmente, liberdade sexual acha-se em um âmbito de discussão bastante amplo, que poderia se aprofundar numa extensa análise filosófica, social, moral e até mesmo religiosa, contudo, ao abrigo dos ditames de um Estado Laico, em que se instituiu o regime democrático, deve-se atentar ao conceito de liberdade fundamental que, por sua vez, pressupõe a igualdade, nos moldes delimitados pela CF/88. Nesse contexto, a liberdade sexual diz respeito à liberdade jurídica quanto à possibilidade de fazer ou deixar de fazer aquilo que se almeja, quando não se estar diante de uma proibição legal a respeito. Portanto, o enquadramento semântico da liberdade jurídica também ocupa espaço no que se entende por permissão jurídica (ALEXY, 2012).

Porém, é cediço que o Direto, especialmente na contemporaneidade, discute questões morais que, por razões político-legislativas, elevaram-se a contornos legais e de controle institucional, considerando sua importância de regramento para a convivência social. De todo modo, os juízos e conteúdos morais encontram lugar na própria dogmática jurídica (ALEXY, 2012), uma vez que um estudo normativo não exclui, necessariamente, a análise de aspectos morais das relações interpessoais (MACHADO, 2008). Na verdade, a avaliação axiológica está atrelada à própria concepção de norma jurídica que restou moldada ao longo dos anos<sup>29</sup>.

E é justamente nesse cenário que os ânimos costumam se acirrar, isto é, quando assuntos de natureza inicialmente moral e valorativa necessitam de um revestimento jurídico, fazendo com que estudiosos, profissionais, formadores de opinião e a própria sociedade protagonizem intensos debates em que, por vezes, a real finalidade é a defesa de uma opinião/convicção, sem exatamente haver um compromisso com a verdade, especialmente quando se considera o atual meio informacional em que essas discussões encontram-se inseridas, havendo um certo desprezo pelo conhecimento intelectual e especializado, ao se sobrepor o que se chama de conhecimento de multidões (MICHIKO, 2018).

---

<sup>29</sup> Em síntese, a norma jurídica já teve seus estudos restringidos a aspectos lógicos e formais, com a divisão total entre Moral e Direito, havendo, posteriormente, sua reaproximação, mormente após a Segunda Guerra Mundial, que trouxe à tona a necessidade de se rediscutir e reconhecer direitos de caráter fundamental que protejam a dignidade da pessoa humana, mediante a compreensão e estudos sobre normas dessa natureza, cisão do gênero norma entre regras e princípios, para além da própria efetividade das normas de direitos fundamentais (ÁVILA, 2012).

Essa situação é também apurada em razão do próprio conteúdo que normalmente as normas fundamentais constitucionais apresentam, sendo incontrolável que sua avaliação não seja transferida para todos os ambientes sociais – sob vários aspectos –, tendo em vista ainda o grau de interesse e relevância das matérias. Além disso, esses temas envolvem crenças e costumes de determinado povo, algo que tende a pulsar mais a argumentação para o âmbito ideológico de aferição. Esse fator é bastante preocupante, como dito em relação à defesa a todo custo e, por vezes, às cegas de convicções pessoais, resultando numa preterição da objetividade e cientificidade.

No entanto, a nível de entendimento sobre normas jurídicas, regularmente instituídas, deve-se ter muita cautela para não confundir o tratamento moral com o tratamento legal/constitucional de determinado tema, ressaltando-se a possibilidade de proteção e oposição de prerrogativas quando se estar diante da perspectiva jurídica de certo conteúdo (SUNSTEIN, HOLMES, 2000), algo que não ocorre com demandas meramente morais. Entende-se, dessa forma, que questões aparentemente de caráter somente moral podem ser cientificamente determináveis (HARRIS, 2013)<sup>30</sup>, a exemplo do que ocorre com o Direito que, por meio de uma ordem institucionalizada e segundo sua lógica científica, estabelece uma espécie de “rol” de comportamentos e condutas que são regulamentados e, portanto, observadas.

Dito isso, em retomada ao questionamento inicial deste item (Toda pessoa tem o direito de se relacionar com quem bem entender, seja ou não do mesmo sexo?); quando este é deslocado para um lugar de conversa comum e informal entre amigos ou familiares, por exemplo, é possível identificar que algumas pessoas não lidam muito bem com esse direito. Na verdade, observa-se que não há uma concreta e total tolerância sobre a faculdade de alguém relacionar-se ou até mesmo casar-se com uma pessoa do mesmo sexo. Essa constatação é extraída igualmente das diversas manifestações contra o casamento homoafetivo, advindas de alguns cidadãos e figuras políticas no Brasil, os quais ainda não concordam com a decisão do STF que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo – no ano de 2011.

---

<sup>30</sup> Seria factível estabelecer julgamentos e definições sobre a moral concebida e existente na sociedade mundial, ao entender que a ciência é apta a traçar determinadas orientações, ainda que não seja de forma idêntica ao que ocorre nas ciências exatas (HARRIS, 2013).

Como exemplo, cita-se o Projeto de Lei nº. 6.583/2013<sup>31</sup>, de autoria do então Deputado Federal Anderson Ferreira, que intenta estabelecer o Estatuto da Família, o qual, em seu texto (art. 2º), define entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, ou seja, termina por discriminar as relações homoafetivas do próprio conceito de família.

Outro exemplo diz respeito ao Projeto de Lei nº. 5.167/2009<sup>32</sup>, com apresentação anterior à decisão do STF acima mencionada, cujo autores foram os então Deputados Federais Capitão Assunção e Paes Lira, em que se busca determinar que nenhuma relação entre pessoas do mesmo sexo pode equiparar-se ao casamento ou a entidade familiar. O curioso é que na justificativa deste Projeto de Lei utiliza-se majoritariamente argumentos e preceitos de natureza religiosos, advindos de textos bíblicos, havendo uma prevalência expressa de dogmas e crenças legais sobre ditames legais e constitucionais, algo que vai de encontro ao que deveria ocorrer num Estado supostamente laicizado.

Esta situação tão somente faz denotar a enorme dificuldade que as pessoas, inclusive parlamentares, têm em discernir aquilo que pertence à esfera do imaginário social (em alguma parte) daquilo que é estipulado e protegido por normas constitucionais. Afinal, qual seria a real necessidade e eventual mudança, para o meio de convivência, que a exclusão dos homossexuais do conceito de entidade familiar provocaria? A resposta encontra-se no próprio questionamento, de modo que o resultado seria a supressão e discriminação dos homossexuais daquilo que se denomina por entidade familiar, acarretando, além de uma exclusão social, uma possível exclusão jurídica de algumas prerrogativas no que concerne ao Direito de Família<sup>33</sup>. De outro lado, os estudos mais avançados nessa temática avaliam que, justamente sob a ótica constitucional, a entidade familiar não deve ser um núcleo ou conceito fechado, havendo inerente dinamicidade em sua abrangência (COSTA POLI; MACEDO POLI, 2013).

Sabe-se, no entanto, que há várias justificativas para além de convicções morais que não avaliam como correta a decisão do STF citada acima, ao se suscitar eventual violação do princípio da separação dos poderes, por entender que a Suprema Corte deliberou sobre objeto que deveria ter sido apreciado primeiramente no âmbito do processo legislativo, considerando

---

<sup>31</sup> Informação extraída do portal *online* da Câmara dos Deputados. Acesso em 21 mar. 2019. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>.

<sup>32</sup> Informação extraída do portal *online* da Câmara dos Deputados. Acesso em 21 mar. 2019. <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432967>>.

<sup>33</sup> Entende-se que o não reconhecimento de um casal homossexual como família poderá acarretar repercussões negativas especialmente no que concerne ao direito de herança à adoção por casais do mesmo sexo, dentre outras.

as funções de cada Poder da República. Porém, de todo esse contexto, destaca-se, mais uma vez, a possibilidade de confusão entre contornos morais e jurídicos que envolvem a matéria, especialmente quando se verifica a perspectiva de um cidadão com pouca instrução.

Desta feita, verifica-se que a temática da liberdade de orientação sexual não é tão somente de caráter jurídico, mas também moral, despertando discussões ideológicas e valorativas, considerando que este assunto, de certo modo, sempre manifestou-se como um tabu nas sociedades modernas, ainda que os elementos de certa intolerância advenham, muitas vezes, de ideias preestabelecidas, já que não há nenhuma evidência de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo prejudique alguém, às famílias ou ao Estado Democrático de Direito.

É possível extrair que essa discussão está ainda mais acalorada nos últimos tempos, em que a busca por igualdade, liberdade, reconhecimento de direitos e tolerância está alastrada em diversos setores sociais, cujos assuntos, por exemplo, giram em torno da luta contra o racismo, pela igualdade de gênero, em favor da inclusão social em geral, além da própria liberdade sexual, dentre outros. O impacto e a repercussão desses debates tendem ainda a ser maior diante das novas formas e meios de propagação/comunicação, havendo movimentos sociais que emergiram majoritariamente da *internet* (CASTELLS, 2017) e que ganham força paulatinamente, ocupando um novo espaço para o desenvolvimento da democracia.

Em meio a todo esse contexto, destaca-se a preocupação quanto à proteção da liberdade de orientação sexual na esfera criminal, com a finalidade de se penalizar efetivamente o preconceito contra a população LGBT, mormente quando se estar diante dos números da violência no Brasil contra essas pessoas, em consideração às informações consultados na plataforma da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (DAPP – FGV), referente aos dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil.

Em referida pesquisa<sup>34</sup>, no que concerne aos tipos de violações de direitos contra a população LGBT denunciadas no ano de 2017, apurou-se que, a cada dezenove horas, uma pessoa LGBT foi morta no Brasil. A pesquisa ainda apresenta importante ponderação acerca da pouca divulgação de dados públicos sobre o assunto, seja em âmbito nacional ou local, compreendendo-se que a disponibilização desses dados colabora diretamente para o fomento

---

<sup>34</sup> Informação extraída do portal *online Diretoria de Análise de Políticas Públicas* da Fundação Getúlio Vargas (DAPP – FGV). Acesso em 25 mar. 2019. <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>; referente ao relatório da ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), que atua no mapeamento de homicídios contra a população LGBT. *Link* direto para o relatório <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2019.

do debate público e possibilidade de avanços para a criação de políticas públicas que coíbam o preconceito e sua eventual manifestação violenta. Em outra pesquisa<sup>35</sup>, referente ao relatório de motes violentas contra a população LGBT no Brasil, verificou-se que, no ano de 2018, foram registradas quatrocentos e vinte mortes por homicídio ou suicídio decorrente de discriminação de pessoas homossexuais ou transexuais.

Deste primeiro item, pode-se concluir que as diversas violações de direitos e manifestações preconceituosas contra as pessoas LGBTs culminou, em forma de reação, no ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº. 26), tendo em vista a inércia do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização de todas as formas de homofobia e transfobia, haja vista a urgência da proteção dessas pessoas em um nível mais rigoroso de penalização aos ofensores/agressores, considerando todos os aspectos qualitativamente tratados acima, em que se pôde observar as motivações e comportamentos que se inserem, geralmente, nessa problemática. De fato, a via legal e constitucional da discussão dessa matéria seria o Poder Legislativo, considerando suas funções típicas, no entanto, ante a ausência de uma definição efetiva a esse respeito, o STF foi provocado para suprir e integralizar essa omissão, absorvendo todo esse clamor social e moral que o tema engloba.

### **3 A PROBLEMÁTICA PARA ALÉM DA (IN)COMPETÊNCIA DO STF PARA DECIDIR SOBRE A MATÉRIA**

Um dos principais pedidos da ADO nº. 26 é a equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, argumentando-se que este delito seja gênero do qual advêm espécies, devendo-se resultar no reconhecimento e criminalização da homofobia e da transfobia dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Como fundamento, expõe-se, na petição inicial da ação em tela, sobre a historicidade do racismo no contexto brasileiro, em consideração à violação sistemática de direitos propagadas em razão de uma forma de preconceito, algo que pode ser transposto para a realidade da população LGBT, a qual convive diariamente, e há muito tempo, com situações constrangedoras e que inibem o exercício regular de suas liberdades pessoais, mormente a sexual.

---

<sup>35</sup> [Link](https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf) direto para o relatório mencionado <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em 25 mar. 2019.



Como dito, sob a perspectiva constitucional, no âmbito das garantias e direitos fundamentais, o direito à liberdade engloba igualmente a liberdade sexual, sendo uma norma fundamental de suporte fático amplo, segundo os pressupostos científicos adotados por Virgílio Afonso da Silva, ou seja, diz respeito a um direito que, de antemão, protege toda ação, estado ou posição jurídica que tenham mínima relação ou característica que faça parte do âmbito temático de dado direito fundamental, sendo abrangido por seu campo de proteção, não havendo exclusão *a priori* de qualquer conduta. É possível, porém, sofrer restrição fundamentada a partir da análise concreta da situação apenas (SILVA, 2010).

Dessa forma, a CF/88, em seu artigo 5º, inciso XLI determina ainda que “lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, manifestando-se este dispositivo como matriz constitucional para fundamentar a criminalização da homofobia e transfobia. Todavia, dentro de um Estado Democrático de Direito, em que se pressupõe a harmonia entre os Poderes da República, com separação respectiva de suas funções, além da existência dos preceitos do Direito penal quanto à legalidade e anterioridade da lei punitiva; não é factível concluir necessariamente pela criminalização de tais condutas pela atuação direta do Poder Judiciário, embora se admita sua urgência de tratamento na esfera criminal.

Por outro lado, a liberdade sexual e sua proteção é posta em confronto com outra liberdade constitucional: a de expressão, algo que pode ensejar na utilização desse direito como subterfúgio para exprimir e propagar ideias homofóbicas, ao se invocar o suposto exercício regular do direito de liberdade de expressão. Além disso, seguindo esse raciocínio, pode-se apontar que a criminalização da homofobia e transfobia teria o potencial de penalizar pessoas por “simplesmente” manifestarem seu pensamento. Apesar de o direito de liberdade de expressão ser uma norma fundamental, ele não é absoluto, mesmo diante da admissão de um suporte fático amplo, vez que pode ser restringido segundo as peculiaridades do caso concreto (CAMURÇA; CORREIA, 2012).

Considerando essas diversas contraposições e a própria ampliação do debate público sobre o tema, o STF é então provocado para agir como espécie de solucionador viável do problema, sendo posicionado no centro da discussão, para também cumprir uma suposta finalidade de apaziguamento social. Apura-se, com isso, que os sistemas jurídico, moral e político, na verdade, estão em constante irritabilidade (NEVES, 2013), não havendo comunicabilidade diferenciada entre estes; dito de outro modo, a linguagem e o código de cada campo de compreensão social estão sendo alocados em domínios comuns, sem haver uma correta identificação das peculiaridades de cada sistema. Isso torna a própria aplicação do Direito e das normas jurídicas potencialmente mais fluídas e inseguras, vez que recebem

influências de questões políticas e morais, sem uma devida adaptação e análise de compatibilidade com o conteúdo jurídico, culminando numa espécie de “contaminação” ideológica de temas do Direito. Em síntese, o STF acaba por ser tomado como um receptáculo de todos os pontos não resolvidos ou preteridos pelo Poder Legislativo – Congresso Nacional, especificamente.

Não ocorre de forma diferente com o tópico da criminalização da homofobia e transfobia, tendo em vista que, ante à omissão legislativa sobre o assunto, o STF novamente foi “convocado” para suprir a não definição legal em baila. Nesse cenário, verifica-se a constatação de outro fenômeno, isto é, quando a política pode ser desautorizada pela democratização da esfera pública e, no caso, do Poder Judiciário (BECK, 1944), considerando a ampliação dos meios e dos conteúdos a serem discutidos. Esclarece-se que não se coloca tal fato como um problema necessariamente, mas como uma possibilidade de dificultar e tornar mais complexas as relações entre os atores políticos, judiciais e a própria sociedade.

O fato é que a discussão de matérias ainda não solucionadas previamente no âmbito do Poder Legislativo está sendo constantemente transferida para o campo de atuação do STF, mediante a utilização dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Como exemplo, cita-se a decisão que autorizou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54), a própria ação em curso sobre a descriminalização do aborto (ADPF 442), a ação constitucional sobre a prisão em segunda instância (ADCs 43, 44 e 54), além do debate quanto à (i)legalidade do porte de drogas para consumo pessoal (RExt 635.659) – todos esses assuntos que, em tese, não foram apreciados pelos congressistas ou possuem alguma lacuna interpretativa na ordem jurídica.

Contudo, o problema de o STF ser colocado no meio disso tudo vai muito além da questão quanto a sua (in)competência constitucional para decidir sobre tais assuntos ou no que tange ao conflito entre os Poderes da República, especialmente quando se discute a criminalização da homofobia e transfobia. Deve-se, pois, destinar atenção também às causas e ao contexto de seu protagonismo nesse ambiente de controvérsia social, bem como sobre os eventuais efeitos práticos de sua decisão, especificamente quando se refere aos impactos no contexto político atual do Brasil.

Em primeiro lugar, identifica-se a cronicidade da incorporação do “mito do herói”<sup>36</sup> na sociedade brasileira, que tende a apontar uma espécie de único salvador que representará a

---

<sup>36</sup> Essa constatação também é decorrente da chamada inversão de ordem de conquistas de direitos, algo que gerou uma espécie de “estadania” e não cidadania efetiva, de modo que os direitos políticos (de segunda geração/dimensão) não foram subsequentes ao exercício dos direitos civis (de primeira geração/dimensão), vez

conquista de todos os direitos fundamentais no desenvolvimento da democracia (CARVALHO, 2002). Atrélado a esse fator, tem-se o fortalecimento do descrédito aos participantes do Poder Legislativo e inclinação para a criminalização da política, com base no atual cenário de frequentes escândalos de corrupção e inúmeros processos e investigações que envolvem agentes públicos e políticos, que são notoriamente conhecidos.

Desta feita, o STF termina por simbolizar a instância viável e legítima de assunção de diversas pautas reivindicadas pela população, representando o fórum soberano de discussão, inclusive, de temas que originalmente deveriam ter sido apreciados pelos congressistas, como é o caso da criminalização da homofobia e transfobia. Com tantas crises instaladas na política brasileira, o STF encontra também apoio e atenção social quanto à valorização de sua atuação.

Paulo Bonavides disserta sobre o retrato de uma crise constituinte<sup>37</sup> no Brasil, a qual historicamente já representa sua própria crise de legitimidade (BONAVIDES, 2013), que, dentre outros aspectos, diz respeito justamente à dificuldade ou, até mesmo, incapacidade de se estabilizar a execução de um regime político, repercutindo negativamente na estrutura institucional/governamental e em sua atividade. Não se verifica, assim, um reconhecimento seguro das lideranças pelo povo, na verdade, não se visualiza deste uma disposição de confiabilidade quanto aos órgãos, entes e agentes públicos em geral, especialmente quando se depara com os parlamentares.

A natureza política das normas de direitos fundamentais, em certa medida, igualmente corrobora as tensões entre Congresso Nacional e STF e, diante da omissão legislativa sobre a temática da criminalização da homofobia e transfobia, verifica-se ainda mais uma cisão de argumentos no meio social e anseio por respostas das instituições públicas. Neste caso, em detrimento da função dos legisladores, o STF é chamado para solucionar definitivamente o embate.

Em segundo lugar – e atrélado a tudo já apreciado – verifica-se a problemática relativa à performance ativista do STF, ou seja, quando este, em sua função interpretativa-julgadora, termina por criar novas normas gerais e abstratas que, rigorosamente, não possuem precedente disposição advindo da deliberação legislativa. Em prol da satisfação urgente de um

---

que o povo, em verdade, não influenciou ou participou dos grandes debates quanto aos rumos do país (CARVALHO, 2002). Com efeito, os direitos sociais terminaram por se manifestar de forma mais significativa, sendo mais valorizados, portanto; não havendo uma consolidação dos demais anteriormente, algo que resultou na pouca credibilidade sobre os parlamentares e supervalorização dos chefes do Poder Executivo e, atualmente, dos componentes do Poder Judiciário.

<sup>37</sup> A crise constituinte seria, portanto, o ápice e o cúmulo das transgressões intensas a direitos fundamentais, causando profunda instabilidade ao regime institucional (BONAVIDES, 2013).

reclamo, muitas vezes, de caráter social, o STF apresenta uma resposta proveniente de sua atividade criativa, agindo como uma espécie de “Poder Moderador” do debate público.

Nessas circunstâncias, infere-se que a confrontação entre Poderes Legislativo e Judiciário resta mais intensa, reconhecendo-se novamente a relação difícil entre Política e Direito (NEVES, 2013) e suas respectivas funções, principalmente diante da abrangência material das normas constitucionais, que as aproxima e as tenciona<sup>38</sup>. Considerando, pois, o avanço do descrédito da população brasileira para com os parlamentares, o STF é visto como via possível de resolução das maiores inquietações sociais, pendendo-se, de certa forma, a interferir diretamente nas funções dos legisladores. Contudo, é preciso avaliar que essa situação pode ter um efeito reverso à imagem da Corte Suprema, haja vista os recentes posicionamentos controversos e a instabilidade dos procedimentos adotados por referido Tribunal. Dessa forma, arrisca-se a afirmar que o STF tem sido alvo de grandes questionamentos, perdendo um pouco de seu reconhecimento técnico, especialmente em meio aos estudiosos do Direito. Explica-se.

Conrado Hübner Mendes (2018, *online*) entende que o STF, numa visão pragmática, “agride a democracia”. Em texto dissertativo publicado na Folha de São Paulo, em 28 de janeiro de 2018, com atualização em 02 de março do mesmo ano, o autor argui que o Tribunal em questão assumiu uma posição de “Poder Tensionador”, deixando de ser até mesmo o Poder Moderador que já havia incorporado em sua atividade. Em consequência, o STF passa a disseminar incertezas e incita mais os conflitos, uma vez que os ministros atuam de maneira insegura quanto aos seus próprios entendimentos e não apresentam ritos e procedimentos estáveis, que possam orientar os jurisdicionados. No mesmo artigo, Mendes questiona até mesmo a isenção dos ministros, o excesso de poder sobre os ritos, a paralização específica do andamento de alguns processos, argumentando que o STF “abdica do (seu) papel constitucional e ataca a democracia”.

Além disso, o autor em tela defende que o STF faz parte da própria crise existente no Brasil, não sendo mais um “aplicador equidistante” das normas jurídicas, fazendo parte do próprio jogo político, com seus próprios interesses<sup>39</sup>, adversários e parceiros, não havendo segurança efetiva de como, quando ou porquê irá decidir. Nessa perspectiva, o STF seguiria

<sup>38</sup> Um exemplo do cotejo frequente entre os agentes políticos e judiciários ocorre quando se depara com a judicialização de políticas públicas, sob a justificativa de concretização de direitos sociais (BUCCI, 2006), momento em que resta patente a dificuldade em se estabelecer uma demarcação exata do que seja atividade, no caso, administrativa ou judicial.

<sup>39</sup> Como exemplo dessa situação, tem-se a decisão do Ministro Luiz Fux (AO 1773/DF) que revogou a liminar que concedia auxílio-moradia aos magistrados quando o então Presidente Michel Temer sancionou o reajuste para os Ministros do STF no final ano de 2018. Claramente, há uma espécie de “barganha” entre os interesses econômicos do país e os interesses remuneratórios dos ministros do STF.

uma agenda não apenas jurídico-constitucional, mas também política, de modo que sua forma de interpretar o Direito resultaria numa verdadeira substituição do texto constitucional por uma decisão do STF, usurpando-se uma função que é essencialmente política e, até mesmo, agindo como uma espécie de poder constituinte autônomo.

Em terceiro lugar, dentro desse contexto de incertezas quantos aos posicionamentos dos ministros do STF, verifica-se a problemática da abusividade da aplicação dos princípios normativos, em detrimento de regras jurídicas claramente existentes no ordenamento jurídico (NEVES, 2013). Há, portanto, uma potencialidade quanto à violação do princípio da separação de poderes no momento em o STF age como uma espécie de “fórum de princípios” (DWORKIN, 2019) e recepciona todos os clamores sociais, para fins de criação de novas normas cogentes. Na atualidade, a população se sente mais capaz de participar diretamente de decisões importantes do país, haja vista a utilização de meios tecnológicos de comunicação que supostamente têm a função de encurtar essa relação, passando a exigir, assim, respostas rápidas do Poder Público. Contudo, deve-se alertar sobre a rasa educação quanto à relevância e seriedade no manuseio desses novos instrumentos de interlocução, sob pena de o diálogo democrático ser prejudicado (BAUMAN, DONSKIS, 2014), tendo em vista a deflagração de notícias falsas e certo não comprometimento com a verdade.

Em retomada, uma espécie de crise institucional generalizada termina por requisitar a maior intervenção do STF na “escolha” dos rumos fundamentais da sociedade brasileira, no entanto, percebe-se que isso pode causar, por outro lado, certa insegurança jurídica quanto ao conteúdo e a forma de se proceder no tocante à matéria em análise. Desta feita, afere-se que a investigação sobre a (im)possibilidade de o STF decidir sobre a matéria objeto deste artigo é muito mais complexa do que normalmente se apresenta, haja vista todo o cenário de causas e efeitos que o tema imprime.

A partir deste tópico, identifica-se uma tensão institucional e social sobre o assunto, além de uma questão histórica que se reforça quanto à descrença popular na classe política e, especificamente, nos parlamentares. Há o agravamento também da crise de legitimidade justamente em razão da omissão legislativa sobre um ponto tão importante para a convivência social, culminando na necessidade da apreciação do tema pelo Poder Judiciário, sendo este mais um fato inarredável dos motivos que qualificaram essa matéria como pertinente à apreciação da Suprema Corte brasileira.

#### **4 A IDENTIFICAÇÃO DOS NÚMEROS E DADOS DA OMISSÃO LEGISLATIVA QUANTO À CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: JUSTIFICATIVA QUANTITATIVA DO APELO À INTERVENÇÃO DO STF**

Neste artigo, realizaram-se duas promessas principais, a primeira, seria a avaliação dos aspectos fáticos e jurídicos do contexto teórico, social e político quanto ao tema da criminalização da homofobia e transfobia, de modo a fazer um levantamento geral sobre o comportamento institucional e doutrinário sobre o tema, numa análise inicialmente qualitativa dos argumentos e debates existentes, sem uma perspectiva direta em apurar numericamente a situação; a segunda, examinar quantitativamente, ou seja, em expressão de dados e números a própria omissão legislativa no tocante à criminalização da homofobia e transfobia. Pois bem, eis o momento de cumprir a segunda promessa.

Com mais vagar, este item será dedicado à exposição e estudo daquilo que se encontra em tramitação sobre o assunto em baila – criminalização da homofobia e transfobia – no sentido de identificar, mediante aspectos quanto ao tempo de tramitação, objeto e discussões sobre o assunto, as razões que tornaram a omissão legislativa uma verdadeira comissão e negligência, que justificam a propositura da ADO nº 26 no STF, para que se possa apresentar um panorama geral que englobe tanto teoria jurídica e práxis legislativa.

Esclarece-se que, para obter os resultados que serão demonstrados nesse tópico, fez-se consultas específicas tanto no endereço eletrônico da Câmara dos Deputados <<https://www.camara.leg.br/>>, como do Senado Federal <<https://www12.senado.leg.br/hpsenado>>, todos apurados na data de 29 de março de 2019, quanto à atividade legislativa de cada órgão.

Dessa forma, no portal virtual da Câmara dos Deputados, utilizou-se somente a palavra-chave “homofobia” em dois tipos de pesquisa distintos quanto a sua atividade legislativa. Inicialmente, direcionou-se a busca somente para Projetos de lei em geral – arquivados ou não – e, em outra busca, optou-se por extrair todos os dados existentes quanto ao tema, independentemente de serem Projetos de lei, a exemplos de Requerimentos, Substitutivos, Indicações, *etc.* A constatação preliminar foi de que existem 29 (vinte e nove) Projetos de lei sobre o assunto<sup>40</sup>, cujo mais antigo e específico sobre o tratamento penal contra

---

<sup>40</sup> Adverte-se que nem todos esses 29 (vinte e nove) Projetos de lei necessariamente tratam de forma direta sobre a criminalização da homofobia e transfobia, abordando também assuntos correlatos, porém optou-se pela utilização, nesse caso, de apenas um termo de busca justamente para se obter uma visão mais ampla sobre essa pauta na Câmara dos Deputados que, adianta-se, é de onde se extrai a primeira proposição e discussão sobre o tema e onde há mais resultados de pesquisa. Assim, ao replicar tal pesquisa, é possível encontrar outros Projetos

a homofobia e transfobia tem apresentação datada de 18 de fevereiro de 2003, isto é, a PL 5/2003, de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores/SP. O Projeto objetivava a alteração dos artigos 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual, ou seja, ampliar a qualificadora já constante para injúria racial para abranger a injúria por discriminação quanto à orientação sexual.

Em 2006, referido Projeto de lei foi considerado prejudicado, tendo em vista a aprovação do Substitutivo adotado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania a outro Projeto de lei (PL 5003/2001), o qual ainda será tratado neste item, mas que já foi convertido em Projeto de Lei da Câmara nº. 122/2006 no Senado Federal (PLC 122/2006). Na verdade, todos os Projetos de Lei com o mesmo objetivo ou similar ao primariamente apresentado foram englobados no PL 5003/2001 e, atualmente, têm tramitação perante o Senado Federal, na forma de PLC 122/2006, como dito. No entanto, é importante referir ao PL 5/2003, tendo em vista seu caráter precursor para essa finalidade, isto é, efetivamente conferir ao preconceito em razão de orientação sexual a qualidade de crime.

Quanto ao PL 5003/2001 especificamente, este fora apresentado em 07 de agosto de 2001, também de autoria da então Deputada Federal Iara Bernardi, no entanto, seu objeto não dizia respeito necessariamente à previsão de sanções penais em face de manifestações preconceituosas sobre orientação sexual, mas para determinar sanções administrativas, perante o Poder Público, em razão de práticas discriminatórias por aspectos ligados à orientação sexual das pessoas. No entanto, este Projeto, por ser mais antigo, seguiu de base para, de certa forma, vincular todos os objetivos e matérias semelhantes.

No que se refere aos outros principais Projetos de lei extraídos do endereço eletrônico da Câmara dos Deputados Federais, segundo a consulta delineada – e por ordem de apresentação no órgão –, averiguaram-se os seguintes dados:

- PL 379/2003, apresentado em 18 de março de 2003, cujo objeto é instituição do Dia Nacional do Orgulho Gay e da Consciência Homossexual, de autoria de Laura Carneiro (PFL/RJ), situação atual: aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA);
- PL 81/2007, apresentado em 08 de fevereiro de 2007, cujo objeto é a instituição do Dia Nacional de Combate à homofobia, de autoria de Fátima Bezerra (PT/RN),

---

de lei que aparentemente não são tão afetos ao tema, como é o caso da PL 2612/2007, que “Introduz o Código de Ética da programação televisiva e dá outras providências”, porém, em um de suas disposições, estabelece que a programação televisiva não incitará a homofobia, reconhecendo o direito à livre expressão das orientações sexuais, ao considerar o enfretamento de uma longa carga histórica de intolerância vivida pelos homossexuais.

situação atual: aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA);

- PL 2000/2007, apresentado em 11 de setembro de 2007, cujo objeto é instituição do Dia Nacional da Visibilidade Lésbica, de autoria de Cida Diogo (PT/RJ), situação atual: arquivado;
- PL 2976/2008, apresentado em 11 de março de 2008, cujo objeto é alteração da Lei de Registros Públicos (Lei nº. 6.015/1973), para assegurar a possibilidade de utilização do nome social ao lado do nome e prenome oficial às pessoas que possuem orientação de gênero travesti, masculino ou feminino, de autoria de Cida Diogo (PT/RJ), situação atual: apensado ao PL 70/1995;
- PL 582/2011, apresentado em 23 de fevereiro de 2011, cujo objeto é alteração do Código Penal e da Lei nº. 4.898/1965 a fim de instituir como circunstância agravante de pena e qualificadora ao crime de homicídio quando o agente houver cometido em função de orientação sexual do ofendido, bem como constituir abuso de autoridade qualquer ato contra à livre orientação sexual da pessoa, de autoria de Dalva Figueiredo (PT/AP), situação atual: arquivado;
- PL 734/2011, apresentado em 16 de março de 2011, cujo objeto é autorização ao Poder Público de criar o Programa “Viver de bem” – sem estigma de preconceito no Brasil, de autoria de Marcelo Aguiar (PSC/SP), Acelino Popó (PRB/BA) e Lauriete (PSC/ES), situação atual: arquivado;
- PL 4916/2012, apresentado em 20 de dezembro de 2012, cujo objeto é a alteração da Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93), a fim de assegurar às empresas que tenham programas de fomento à igualdade de gênero e não discriminação de orientação sexual, bem como projetos de inserção de idosos no mercado de trabalho, novo critério de desempate em processo licitatório, de autoria de Jean Wyllys (PSOL/RJ), situação atual: apensado ao PL 2304/2003;
- PL 5120/2013, apresentado em 12 de março de 2013, cujo objeto é a alteração de artigos do Código Civil de 2002 de forma a reconhecer o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo, de autoria de Jean Wyllys (PSOL/RJ) e Erika Kokay (PT/DF), situação atual: apensado ao PL 580/2007;
- PL 6424/2013, apresentado em 25 de setembro de 2013, cujo objeto é o estabelecimento de notificação compulsória, no território nacional, no caso de



violência contra a população LGBT que forem atendidos em serviços de saúde públicos ou privados, de autoria de Paulão (PT/AL), situação atual: arquivado;

- PL 622/2015, apresentado em 06 de março de 2015, cujo objeto é disposição quanto à proibição do uso de recurso públicos para a contratação de artistas que, de alguma forma, desvalorizem ou incentivem a violência contra mulheres, homossexuais e contenham apologia à discriminação racial ou apologia ao uso de drogas ilícitas, de autoria de Moema Gramacho (PT/BA), situação atual: arquivado;
- PL 2138/2015, apresentado em 30 de junho de 2015, cujo objeto é alteração da Lei nº. 7.716/1989, para punir a discriminação ou preconceito quanto identidade de gênero ou orientação sexual, de autoria de Erika Kokay (PT/DF), situação atual: apensado ao PL 1959/2011;
- PL 8001/2017, apresentado em 04 de julho de 2017, cujo objeto é a proibição de vencimento desigual e diferente entre gênero e por questões de orientação sexual, de autoria de Thiago Peixoto (PSD/GO), situação atual: apensado ao PL 371/2011;
- PL 8540/2017, apresentado em 12 de setembro de 2017, cujo objeto é alteração do Código Penal para dispor sobre a criminalização da intolerância, preconceito, ódio, exclusão e toda forma de violência por meio da internet, inclusive em razão de orientação sexual, de autoria de Assis Melo (PCdoB/RS), situação atual: apensado ao PL 1749/2015;
- PL 1015/2019, apresentado em 21 de fevereiro de 2019, cujo objeto é alteração da Lei nº. 7.716/1989, para definir os crimes resultantes de preconceito, raça ou de cor, incluindo a orientação sexual, de autoria de Luiz Flávio Gomes (PSB/SP), situação atual: retirado pelo Autor.

Veja-se que, dos Projetos de Lei acima destacados, apesar de a busca ter sido pelo termo “homofobia”, nem todos necessariamente tratam da violência em si por questões de orientação sexual, mas também visam combater o preconceito em geral a esse respeito, mediante programas e atividades de caráter mais educativo, ou seja, não se intenciona somente o estabelecimento de sanções penais quanto ao combate à homofobia e transfobia, como medida de contenção social.

É válido mencionar que na mesma pesquisa traçada, curiosamente, extraíram-se os seguintes Projetos de Lei:

- PL 7382/2010, apresentado em 25 de maio de 2010, cujo objeto é a penalização da discriminação contra heterossexuais e estabelecimento de medidas e políticas

públicas antidiscriminatórias no mesmo sentido, de autoria de Eduardo Cunha (PMDB/RJ), situação atual: arquivado;

- PL 925/2019, apresentado em 20 de fevereiro de 2019, cujo objeto é a instituição do “Dia Nacional do Orgulho Heterossexual”, de autoria de Pastor Sargento Isidório (AVANTE/BA), situação atual: aguardando manifestação do autor.

Ambos os Projetos de Lei acima tratam de uma espécie de proteção ou conservação que os heterossexuais necessitariam sobre seus direitos por, talvez, sentirem-se ameaçados em razão de sua orientação sexual, mas será que há, de fato, algum tipo de preconceito ou intimidação ao direito de ser heterossexual? Pelo contexto de uma parcela da sociedade que ainda não se adapta ou aceita sequer a possibilidade de homossexuais casarem-se ou viverem em união estável, crer-se que não. Na verdade, enxerga-se tais Projetos de lei como uma espécie de “reação” retrógrada à tentativa de ampliar e resguardar direitos da população LGBT, como se fossem contrapontos.

No mais, dos dados acima, é possível concluir que, desde os primeiros Projetos de lei efetivamente apresentados sobre o assunto na Câmara dos Deputados (PL’s 5003/2001 e 5/2003) já decorreram quase vinte anos de tramitação e não houve resolução sobre a questão, tampouco sobre pontos com fins meramente educativos ou simbólicos sobre o tema. Além disso, constata-se que majoritariamente tais Projetos são de autoria de Deputados de esquerda e que, pelo menos, a cada dois anos, foi apresentado algum tipo de Projeto de lei sobre o assunto. Por outro lado, percebe-se que alguns Projetos de lei com conteúdo contraposto à liberdade de orientação sexual são de autoria de parlamentares que exibem certa posição fervorosa no que concerne à preceitos religiosos/bíblicos.

Em análise, neste momento, aos dados extraídos do endereço eletrônico do Senado Federal, verificou-se o seguinte:

- Primeiramente, fez-se uma busca por emendas constitucionais, com temática sobre Direitos Humanos e minorias, com a expressão “homofobia”, mas nada foi encontrado;
- Depois, buscou-se especificamente por leis, ocasião em que foi possível encontrar a PLC 122/2006 já mencionada, a qual, porém, fora arquivada, considerando o Requerimento apresentado de apensamento ao Projeto de Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado 473/2017);

- Há, ainda, o Projeto de Lei do Senado 515/2017 que, além de objetivar mudanças no Código Penal, também intenta alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, quanto à discriminação de raça e cor, passando a incluir por questões de orientação sexual.

Natural e procedimentalmente, o mero apensamento do PLC 122/2006 do Senado Federal ao Projeto de Novo Código Penal faz com que sua tramitação demore muito mais, uma vez que a discussão se amplia para uma mudança completa de legislação penal, situação que exige mais tempo para votação e debates sobre os temas, algo que pode ser compreendido como uma espécie de estratégia de procrastinação para a definição sobre a criminalização da homofobia e transfobia especificamente. Isso é, inclusive, ressaltado na ADO nº 26 e, inevitavelmente, justifica a necessidade da intervenção do STF sobre essa omissão legislativa quanto a um objeto bastante urgente<sup>41</sup>.

Desta feita, a persistente falta de resposta parlamentar culminou nesse estágio judicial de análise da matéria. Seja encarado como um fato positivo ou negativo, o que se percebe é uma necessidade de definição sobre a questão. Talvez, o STF realmente não seja a melhor via para realizar tal escopo, quando se considera aspectos ligados à reserva penal, à separação de poderes e suas funções, enfim. Contudo, a Corte Suprema revelou-se como espaço que a sociedade interessada encontrou para ter sua voz ouvida e notada concretamente, para reclamar uma resolução. Os efeitos decorrentes dessa situação podem até ser objetos de previsões e prognósticos, mas isso já seria objeto para uma outra pesquisa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como desígnio a realização de um estudo sobre os aspectos mais elementares do contexto (fático e jurídico) da omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e transfobia, que culminaram na judicialização do assunto perante o STF, por meio do ADO nº 26, razão pela qual se reputam os objetivos iniciais deste trabalho alcançados, uma vez que foi possível compreender o ambiente atual em que se insere o direito à liberdade de orientação sexual, as principais motivações de sua proteção, bem como um pouco sobre aquilo que emerge do seio social e, especialmente, de seu tratamento legal-constitucional.

---

<sup>41</sup> Desde 21 de fevereiro de 2019, a ação está suspensa no STF, mas já conta com quatro votos a favor da criminalização da homofobia e transfobia, admitindo a omissão legislativa, quais sejam: dos Ministros Edson Fachin, Celso de Mello, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Informação atualizada de <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em 08 de abr. de 2019.

Com base na própria fundamentação da ADO nº 26, levantou-se a hipótese inicial de que a criminalização da homofobia e transfobia enfrentava uma inércia injustificada e sistemática do Congresso Nacional, inclusive em termos procedimentais, considerando o próprio amadurecimento da temática nos órgãos legislativos, algo que foi confirmado quando da avaliação específica dos Projetos de leis existentes sobre o assunto.

Na primeira parte do trabalho (itens 1 e 2), numa perspectiva de investigação qualitativa do tema, mediante apreciação de argumentos e constatações sobre o assunto, concluiu-se que o direito à liberdade de orientação sexual diz respeito a uma prerrogativa que independe de opinião ou aceitação de um outro indivíduo, estando inserida na esfera do permissivo jurídico quanto à possibilidade de as pessoas relacionarem-se intimamente com quem lhe aprouver. Desse modo, não há óbice meramente moral ou religioso que proíba o exercício de uma liberdade constitucional e fundamentalmente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, percebeu-se que a problemática da apreciação da criminalização da homofobia e transfobia pelo STF exige um aprofundamento muito maior e além de questões tão somente ligadas à separação de poderes e à reserva penal, mas também quanto à tensão latente entre as esferas político-jurídicas e sobre a própria complexidade da matéria em debate, mormente em face do interesse social destinado ao assunto. Por isso, averiguou-se as causas e o contexto do protagonismo do STF nesse ambiente de controvérsia social, concluindo-se que este Tribunal se tornou uma espécie de receptáculo de todos os pontos não resolvidos ou preteridos pelo Poder Legislativo, em meio a uma crise institucional que termina por ser generalizada, em sua forma mais contemporânea.

No último item, numa avaliação quantitativa, identificou-se devidamente a pesquisa virtual realizada tanto no *site* da Câmara dos Deputados como do Senado Federal, resultando numa expressão de dados e informações sobre a omissão legislativa quanto à criminalização da homofobia e transfobia, de modo a ser possível entender concretamente as razões que justificam a provocação do STF para decidir sobre o tema.

Apurou-se, em suma, uma inércia do Poder Legislativo de quase vinte anos para a deliberação do tema, em meio a diversos Projetos de lei com finalidades claras e bem definidas, desde o tratamento mais simbólico e educativo à necessidade de punição penal da discriminação motivada por orientação sexual. Os resultados esboçados neste trabalho denotam uma completa ausência de resposta do Poder Legislativo para com a sociedade em geral, ensejando na busca por definições junto ao STF. Na verdade, nota-se ainda que a finalidade maior é de que nenhum tipo de preconceito fique impune ou seja “protegido” por

uma justificativa frágil de mera manifestação opinativa, exigindo-se, portanto, que haja uma disciplina mais urgente sobre essa situação.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. **ADI 4277**. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **ADPF 132**. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **PL 5167/2009**. 2009. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432967>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Relatório 2018**: população LGBT morta no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2019/01/relat%C3%B3rio-de-crimes-contra-lgbt-brasil-2018-grupo-gay-da-bahia.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2012. 669 p. (teoria & direito público).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAHIA, Grupo Gay da. **Relatório 2017**: população LGBT morta no Brasil. 2017. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rum a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6583/2013**. 2013. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADO 26**. 2013. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAMURÇA, Eulália Emília; CORREIA, Theresa Rachel Couto. A liberdade de expressão nas novas democracias sul-americanas: um olhar a partir dos direitos humanos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revisa Nomos)**. Fortaleza, n. 1, v. 32, p. 43-62, jan./jun. 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

DAPP, FGV. **Dados públicos sobre violência homofóbica no Brasil: 28 anos de combate ao preconceito**. 2017. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/dados-publicos-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-28-anos-de-combate-ao-preconceito/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HARRIS, Sam. **A paisagem moral: como a ciência pode determinar valores humanos**. Tradução Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das letras, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. Por que dogmática jurídica? **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, n. 27, p. 59-86, jul./dez. 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

MICHIKO, Kakutani. **A morte da verdade**. Tradução André Czarnobai e Marcela Duarte. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. A família contemporânea: reflexões sobre o casamento homoafetivo à luz dos princípios constitucionais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Revisa Nomos)**. Fortaleza, n. 1, v. 33, p. 165-186, jan./jun. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNSTEIN, Cass and HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W Norton e Company, 2000.

**ASPECTS OF THE FACTUAL-LEGAL CONTEXT OF THE DEBATE ON THE  
CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND  
TRANSPHOBIA: QUALITATIVE AND QUANTITATIVE ANALYSIS OF THE  
LEGISLATIVE OMISSION CONSIDERING THE (SOCIAL) APPEAL TO THE  
BRAZILIAN SUPREME COURT**

**ABSTRACT**

This brief study proposes to investigate the factual and juridical circumstances that encompass the subject of the criminalization of homophobia and transphobia, especially with regard to the reasons for the judgment by the Brazilian Supreme Court, whereas of the legislative omission on the deliberation of the topic. In this perspective, in a qualitative analysis, the arguments and theoretical basis on the freedom of sexual orientation will be evaluated, as well as the difficult relationship between the Legislative and Judiciary Power on issues of socially relevant character and bordering on the sphere of action of these Powers, which tend to shock their functions. In addition, there will be a quantitative inquiry of data and information on the inertia of the Brazilian National Congress, in consultation with their respective virtual databases that are available on the internet. The methods of investigation are descriptive and analytical, due to the

different perspectives used in this work, resulting in the reflection that the Brazilian Supreme Court is taken as a reliable and efficient way to promote the definitions needed to criminalize homophobia and transphobia, considering the context of legislative omission.

**Keywords:** Legislative omission. Criminalization. Homophobia and transphobia. Brazilian Court.