



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito – FD**  
**Programa de Graduação em Direito**

**A HISTÓRIA DA ADO nº 26:**  
da frustração legislativa à criminalização simbólica

**SARA DE ASSIS AQUINO**

Brasília

2022

**SARA DE ASSIS AQUINO**

**A HISTÓRIA DA ADO Nº 26:**

da frustração legislativa à criminalização simbólica

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientador: Professor Doutor João Costa-Neto.

Coorientador: Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves.

Brasília

2022

Ah                   Aquino, Sara de Assis  
                      A HISTÓRIA DA ADO nº 26: da frustração legislativa à  
                      criminalização simbólica / Sara de Assis Aquino; orientador  
                      João Costa-Neto; co-orientador Marcelo da Costa Pinto  
                      Neves. -- Brasília, 2022.  
                      90 p.

                      Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de  
                      Brasília, 2022.

                      1. omissão legislativa. 2. ADO nº 26. 3. homofobia e  
                      transfobia. 4. criminalização. 5. direito penal simbólico. I.  
                      Costa-Neto, João, orient. II. Neves, Marcelo da Costa  
                      Pinto, co-orient. III. Título.

Citar como: AQUINO, Sara de Assis. *A história da ADO nº 26: da frustração legislativa à criminalização simbólica*. 2022. 90f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Doutor João Costa-Neto

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)

**Orientador – Presidente**

---

Professor Doutor Marcelo da Costa Pinto Neves

Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)

**Coorientador**

---

Professora Doutora Raquel Scalcon

Fundação Getúlio Vargas

**Examinador Externo**

---

Júlia Scartezini

Mestranda no PPGD-UnB

**Suplente**

## AGRADECIMENTOS

Para todas as vezes que me perguntaram o que queria ser quando crescesse, respondi que cursaria Direito na Universidade de Brasília. O meu sonho de criança, que se consolidou com o tempo, não me decepcionou. Chegou ao fim a – até então – melhor fase da minha vida: a universitária. E esse sonho representa o de muitos. Por isso devo agradecer a uma longa lista de pessoas que sonharam comigo e que me permitiram viver o que sempre quis.

À Universidade de Brasília, que superou, absolutamente, as altas expectativas que tive durante a vida. A UnB representa o que de melhor do Brasil tem a oferecer; se já me orgulhava ser brasiliense, ter passado por suas cadeiras é, para mim, motivo de exultação.

À Faculdade de Direito, onde passei maior parte dos últimos anos, que se consagra com folga como uma das melhores do nosso país. O agradecimento se estende aos colaboradores – professoras, professores, servidoras e servidores – dedicados diariamente a garantir ensino superior de qualidade ímpar. Cabe-me reconhecer a importância da Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes, atual diretora da FD-UnB, cujo tempo naturalmente escasso não se torna empecilho para atuação acadêmica séria e instigante.

Às professoras e aos professores da FD-UnB, cujas frases célebres guardarei comigo. Em especial, agradeço aos orientadores deste trabalho. O Prof. Dr. João Costa-Neto tornou-me sua monitora vitalícia e ensinou-me, acima de tudo, a lição da escuta atenta. O Prof. Dr. Marcelo Neves direcionou minha paixão ao Direito Constitucional desde a primeira aula, ainda quando caloura.

À Profa. Dr. Raquel Scalcon, examinadora desta monografia e responsável por minhas inquietações acadêmicas desde que tive o prazer de conhecê-la. Estendo meus agradecimentos à Júlia Scartezini, que aceitou graciosamente compor a banca examinadora.

Ao grupo de pesquisa Crítica Constitucional, onde o debate é plural e qualificado. O Prof. Dr. Paulo Blair acolheu-me como aluna ainda quando era apenas intrusa em uma de suas aulas e, desde então, deu-me o prazer de acompanhar seu relevante papel de pesquisa na FD-UnB. Juntamente com o Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins e Prof. Dr. Rogério Madeira, comanda o grupo de pesquisa de direito constitucional com intersecção nacional com diversas universidades.

Ao José Nunes, pela amizade sincera e divertida, pelas orientações de pesquisa que nunca aconteceram, por ser um mentor para mim e por ter-me elevado de aluna à amiga.

A minha experiência universitária decompôs-se entre a academia e a prática. Para isso, experimentei o melhor dos dois mundos. Agradeço, assim, ao Gabinete do Ministro Luís Roberto Barroso, onde primeiro estagiei. Especificamente, aos meus primeiros chefes: André e Nina, cujos nomes são lembrados em toda oportunidade.

Ao Prof. Dr. Jorge Galvão, que fazia os olhos de todos brilharem ao explicar a teoria e a prática do Direito Constitucional brasileiro. Honrou-me com a oferta de estágio no Ilmar Galvão Advocacia, onde tive o privilégio de observar a advocacia artesanal a que se dedica.

Ao escritório Almeida Castro, Castro e Turbay Advogados, que me acompanhou até o final. Kakay, Roberta, Lili, Álvaro, Turbay e Ananda são advogados brilhantes, que merecem o reconhecimento. À Lili e ao Álvaro, um agradecimento especial, pela companhia diária, pelos puxões de orelha e pelo carinho inestimável.

Ao longo desse tempo, pude compartilhar mais de perto a vida universitária com quem ocupou o mesmo lugar. Grazi, Victória, Frank, Toca, Thiago B., Thiago S., Rogério, Gabriel F. e Marcela, obrigada por me acompanharem e por embelezarem o meu caminho. Em especial, agradeço ao grupo necessário formado por Orsi e Giovanna – sem vocês, tudo perde a graça.

Às amigas antigas, com quem guardo as memórias mais bonitas. Ana, Sarah, Inara, Rafaela e Madu, levo-as comigo aonde vou. MUITÍSSIMO obrigada por serem meu *safe place*.

Ao João Pedro, que tanto me incentiva e com quem o assunto, do intelectual ao pueril, para minha sorte, nunca acaba.

Às tias, tios, primas e primos, que me divertem em toda ocasião. Agradeço à Vó Zezé, a quem dei todos os meus primeiros pedaços de bolo de aniversário, ao Vô Tersandro e a Vó Iracema, que olhavam carinhosamente as notas da escola.

Aos meus pais, Rose Mary e Demétrio, e ao meu irmão Henrique. Obrigada por garantirem um lar tranquilo e acolhedor. Sobre a criação de filhos, Natalia Ginzburg disse: “o amor à vida gera amor à vida”.<sup>1</sup> O seu amor à vida ensinou-me muito.

Muito obrigada a todos!

---

<sup>11</sup> GINZBURG, Natalia. *As pequenas virtudes*. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 100.

*“Triste Bahia, oh, quão dessemelhante.”*

Triste Bahia, Caetano Veloso, 1972.

**RESUMO:** A presente pesquisa analisa a criminalização da homofobia e transfobia, através da tramitação da ADO nº 26 perante o Supremo Tribunal Federal. Examina a tramitação legislativa que levou à judicialização, em especial o PL nº 5.003/2001 e o PLC nº 122/2006. Em seguida, demonstra os argumentos jurídicos utilizados pelo proponente, bem como a participação popular de movimentos sociais favoráveis e contrários à criminalização e decisão do Tribunal. Por fim, explora o conceito de “legislação simbólica” e “constitucionalização simbólica”. Essas definições fundamentam a conclusão de que a tipificação consistiu em uma criminalização simbólica, para arrefecer o clamor social pela tutela penal protetora da minoria LGBTQIA+.

**Palavras-chave:** omissão legislativa; ADO nº 26; homofobia e transfobia; criminalização; direito penal simbólico.

**ABSTRACT:** This research analyzes the criminalization of homophobia and transphobia, through the Direct Action of Unconstitutionality by Omission nº 26 in the Federal Supreme Court. It examines the legislative process behind the judicialization, especially the draft laws nº 5.003/2001 and nº 122/2006. Then, it demonstrates the legal arguments used in the trial, from the proponent to the social movements (*amicus curiae*). Finally, it explores the concept of “symbolic legislation” and “symbolic constitutionalization”. These definitions lead to the conclusion that the criminalization of homophobia and transphobia consisted in a symbolic criminalization, to respond the social clamor for penal protection to LGBTQIA+ minority.

**Key-words:** legislative omission; homophobia and transphobia; criminalization; symbolic criminal law.

## SUMÁRIO

I	Introdução.....	10
II	O contexto anterior à ADO nº 26 (ou o caminho até a judicialização).....	12
II.a	Contextualização.....	12
II.b	A tramitação frustrada do PLC nº 122/06.....	17
II	As reações doutrinárias à estratégia do PLC nº 122/2006. ....	27
III.	O caso da criminalização da LGBTfobia .....	31
III.a	Contextualização.....	31
III.b	O pedido. ....	37
III.c	A participação popular no julgamento. ....	44
III.c.i	A garantia institucional do <i>amicus curiae</i> no processo constitucional brasileiro....	44
III.c.ii	Os <i>amici curiae</i> na ADO nº 26: a disputa da interpretação constitucional. ....	48
III.d	A decisão.....	54
IV.	Da criminalização da LGBTfobia ao direito penal simbólico .....	60
IV.1.	Contextualização.....	60
IV.2.	A legislação simbólica e a constitucionalização simbólica. ....	62
IV.3.	A legislação penal simbólica e a criminalização da LGBTfobia .....	68
V.	Considerações finais .....	78
VI.	Referências .....	81

## I Introdução.

Após o julgamento conjunto da ADI nº 4.277 e da ADPF nº 132, dezenas de pessoas reuniram-se na Avenida Paulista, para comemorar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>2</sup> A Corte reconheceu a equiparação das uniões estáveis homoafetivas em relação às heteroafetivas. A ampliação do conceito de “família”, do art. 226 da Constituição Federal, confrontava o discurso homofóbico.<sup>3</sup> Na época, a decisão atingiu pelo menos 60 (sessenta) mil casais.<sup>4</sup> Os registros da comemoração relatam gritos – “Agora pode!”, referindo-se à decisão como superação de um paradigma discriminatório.

Quase uma década depois, o movimento se repetiu. Ao julgar a ADO nº 26, o STF conferiu interpretação ampla ao vocábulo “raça”, da Lei nº 7.716/1989, para incluir-lhe as discriminações em razão da orientação sexual e de gênero. Houve comemorações após a decisão de julgamento, sobretudo em virtude da longa tramitação da matéria (“a criminalização da homofobia/transfobia”) – primeiro no Legislativo e, enfim, no Judiciário.

Os debates sociais atuais, invariavelmente, envolvem algum tipo de judicialização. Para todos os efeitos, os juízes tomam lugar nos conflitos contemporâneos. Antoine Garapon disse: “Nada mais pode escapar ao controle do juiz”.<sup>5</sup> Além de manifestar-se sobre os fatos políticos da ordem do dia, a atuação dos tribunais é também permeada pela expectativa popular de que os conflitos sejam resolvidos ali, na última trincheira.

A discussão sobre a criminalização da homofobia e da transfobia chamou atenção mesmo antes de o assunto chegar ao STF. Movimentos sociais favoráveis e contrários à tipificação de condutas discriminatórias disputaram durante anos, em âmbito legislativo, a possível criminalização. Como é natural ao jogo democrático, a maioria parlamentar venceu: nenhuma lei aprovada dizia ser crime a discriminação em razão da orientação sexual ou de

---

<sup>2</sup> GLOBAL VOICES. “Brasil: Internautas comemoram o reconhecimento da união gay”. Paula Goés. 6.05.2011. Disponível em: <https://pt.globalvoices.org/2011/05/06/uniao-gay-stf/>.

<sup>3</sup> “Assim interpretando por forma não-reducionista o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI nº 4.227 e ADPF nº 132*. Voto oralizado do Relator Ayres Britto, p. 38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>.

<sup>4</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

<sup>5</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

gênero. Instado a manifestar-se sobre a omissão legislativa, o STF decidiu enquadrar, ele mesmo, as discriminações homofóbicas e transfóbicas em legislação já existente.

O objetivo deste trabalho de conclusão de curso é contar a história da criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil, norteando-se pela ADO nº 26. Apesar da limitação do objeto de pesquisa, essa pauta criminalizadora é anterior à tramitação legislativa que ensejou a judicialização. Havia discussões em torno da criminalização antes mesmo de promulgada a Constituição Federal de 1988.

As perguntas que guiam o projeto são estas: (i) De que modo o Poder Legislativo se omitiu à criminalização? (ii) Quais grupos compunham a maioria parlamentar que obstou a aprovação do projeto de lei criminalizador? (iii) Como a questão chegou ao STF? (iv) Em âmbito judicial, quais grupos populares se manifestaram? (v) Como votaram os ministros – favoráveis e contrários? (vi) Como pode ser interpretada a decisão, levando em consideração os efeitos simbólicos e instrumentais?

A pesquisa demandou dois métodos. O primeiro consistiu na análise da tramitação legislativa, a partir de documentos expedidos pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal a respeito dos diversos projetos de lei e da decisão judicial. O segundo é o dedutivo, mediante a leitura da literatura específica dos temas – “movimentos sociais”, “participação popular no Judiciário”, “legislação simbólica”, “criminalização simbólica”.

O trabalho divide-se em três capítulos essenciais. O primeiro trata do trâmite legislativo da criminalização da homofobia e da transfobia (II). A análise centra-se nos procedimentos adotados pelas Casas Legislativas, ora favoráveis à criminalização, ora contrários (II.b). Em seguida, demonstra as reações doutrinárias à criminalização na forma proposta no legislativo (II.c). Na segunda parte, o trabalho mostra a tramitação judicial da matéria (III). Primeiramente, delinea os argumentos utilizados pelo proponente da ADO nº 26 (III.b). Examina como se deu a participação popular no julgamento, notadamente dos movimentos sociais através do instituto do *amicus curiae* (III.c). Expõe os fundamentos majoritários e minoritários da decisão do STF (III.d). A última parte concentra-se nos efeitos da decisão (IV). Aborda os conceitos de legislação simbólica e de constitucionalização simbólica (IV.b). Por último, analisa a criminalização da homofobia e da transfobia à luz da criminalização simbólica (IV.c).

## II O contexto anterior à ADO nº 26 (ou o caminho até a judicialização).

### II.a Contextualização.

Parte dos juristas atribui à jurisprudência o posto de fonte de direito por excelência. Por essa concepção, o direito estaria mais ligado à aplicação da lei pelos juízes do que à atividade legislativa. Essa é a tese de Jeremy Waldron, crítico da visão de que a legislação e a atividade parlamentar não seriam fontes de direito, ou de que o seriam em segundo plano. Sobre o tema, Hart assume que parte dos filiados ao Realismo Jurídico afirmam “que nenhuma lei faz parte do direito até que seja de fato aplicada por um tribunal”.<sup>6</sup> Para Waldron, a indignidade da legislação decorre do fato de que “ela é *por demais humana*, por demais associada a decisões explícitas”.<sup>7</sup> Um dos pressupostos dessa vertente é a falta de consenso em torno da intenção legislativa.<sup>8</sup> Nessa linha, a qualidade da decisão legislativa diminui à medida que aumenta a quantidade de parlamentares. Waldron cita Condorcet, Madison, Blackstone, Rousseau, Stuart Mill e Bagehot como partidários dessa ideia.<sup>9</sup> O diagnóstico do autor é o de que se tornou lugar-comum apontar o parlamento como um espaço *indecoroso*.<sup>10</sup> A predominância dos partidos políticos e da vontade da maioria está na base na desconfiança direcionada ao Legislativo. Dessa forma, o controle judicial de constitucionalidade ganha relevância tanto pela ampliação de poderes do Judiciário quanto em razão da queda de confiabilidade popular no Legislativo e Executivo. Mas, inicialmente, não havia a noção de desequilíbrio entre os poderes.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 86.

<sup>7</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29, grifo no original.

<sup>8</sup> O dissenso das razões legislativas é reconhecido por Waldron como natural à estrutura desse poder. Um parlamentar ou um grupo de parlamentares pode expor suas razões para endossar ou rejeitar a votação de uma lei, mas essa manifestação não vincula o restante dos legisladores. Nesse sentido: “É claro que os legisladores têm as próprias esperanças e expectativas como indivíduos, mas, a menos que alguém proponha seriamente agregar esses estados mentais usando algum tipo de governo majoritário simbólico, temos de admitir que simplesmente não há maneira de relacionar essas intenções específicas quando abandonamos qualquer suposição de que são uniformes.” *Ibidem*, p. 33.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 38-42.

<sup>10</sup> O adjetivo é usado por Waldron. *Ibidem*, p. 5.

<sup>11</sup> O *judicial review* (controle de constitucionalidade), na formulação de Alexander Hamilton, pressupõe o poder do povo como superior aos Poderes Constituídos. A possibilidade de anular atos legislativos não decorre da transferência de representatividade – do Legislativo para o Judiciário. À época, a declaração judicial de inconstitucionalidade das leis se daria nas situações de disparidade entre a vontade do povo e a vontade dos representantes eleitos. A explicação está no Federalista nº 78, ao tratar do fundamento do poder dos juízes: “Mas não se segue daqui que o poder judiciário seja superior ao legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos, e que quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer. Por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais, do que com aquelas que o não são”. HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: UnB 1984, p. 578.

O controle de constitucionalidade surge, em *Marbury vs. Madison*, sem a força que alcançaria na Era *Lochner*.<sup>12</sup> A partir da segunda metade do século XX, o *judicial review* passou a ser instrumento de patrocínio de demandas sociais, conformando-se como contraponto ao Legislativo. Nesse período ocorreram, por exemplo, os conhecidos julgamentos de *Brown v. Board of Education* (374 U.S. 483 – 1954 e *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 – 1973), dentre outros que levaram a Corte a se imiscuir em questões políticas. A notoriedade do controle constitucional garantiu-lhe espaço em outros ordenamentos. Para Gargarella, o *judicial review* nos moldes estadunidenses é internalizado pelas democracias modernas sem grandes reflexões.<sup>13</sup> Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ao cunharem a expressão “judicialização da política”, também observaram a ampliação do Judiciário como uma constante nas novas democracias.<sup>14</sup> O fenômeno da expansão, para Tate e Vallinder, deve-se a duas causas: o maior envolvimento dos tribunais com assuntos típicos da política majoritária e a utilização de instrumentos processuais e “quase judiciais” pelos poderes Executivo e Legislativo.<sup>15</sup>

No Brasil, o conceito de judicialização da política remete à primeira causa. A literatura do tema diverge quanto à razão para os tribunais adentrarem a seara política. Dentre as correntes principais,<sup>16</sup> está a que aponta a expansão judicial como reação à lacuna de representatividade no sistema político.<sup>17</sup> Werneck Vianna et al apresentam o panorama de emergência do Judiciário brasileiro a partir da década de 1990.<sup>18</sup> O período seguinte ao da promulgação da

---

<sup>12</sup> O presente trabalho não comporta extensa divagação sobre a origem do controle judicial de constitucionalidade. Importa-nos estabelecer que a consolidação do *judicial review* ocorreu no século seguinte ao da sua origem. No início do século XX, o caso de maior destaque foi *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45 – 1905). Questionava-se, perante a Suprema Corte, a constitucionalidade de lei estadual de regulamentação do trabalho. Havia forte apoio popular conservador contra políticas estatais intervencionistas do *New Deal*, em que se encaixava a lei em questão. O caso inaugurou a primeira fase considerada ativista da Suprema Corte. Sobre a posterior ascensão do controle constitucional, ver: NELSON, William. *Marbury v. Madison. The origins and Legacy of judicial review*. University Press of Kansas, 2000, p. 70 e seguintes.

<sup>13</sup> GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004, p. 67 e seguintes.

<sup>14</sup> Segundo os autores, o processo de democratização de países da América Latina, Ásia e África inclui a expansão do Judiciário como regra. Tate e Vallinder, no entanto, apontam que a distribuição de mais poderes aos tribunais não é elemento necessário à democratização. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995, p. 2.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>16</sup> Outra importante corrente atribui a ampliação jurisdicional ao desenvolvimento econômico das democracias modernas. Por esse viés, o Judiciário é visto como o mais confiável (*reliable*) dos poderes constituídos. A confiança e, por consequência, a estabilidade do sistema jurídico atraem investidores. De outro lado, o Legislativo, sob a alcunha de poder populista, tem pouca legitimidade perante atores econômicos. O principal representante dessa vertente é Ran Hirschl, para quem a arquitetura constitucional influencia o funcionamento do sistema financeiro. Cf. HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 228.

<sup>17</sup> Esse é o argumento de Antoine Garapon, para quem os juízes contemporâneos preenchem a função democrática típica dos representantes eleitos. GARAPON, Antoine. *Op. Cit.*

<sup>18</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 42 e seguintes.

Constituição de 1988 impactou o imaginário popular em relação aos juízes, “especialmente dos seus setores mais pobres e desprotegidos”.<sup>19</sup> Os tribunais ganharam a imagem de patrocinadores de direitos e da própria cidadania. Àquela altura, imprimia-se a ideia de que as garantias fundamentais presentes na nova Constituição seriam efetivamente concretizadas.<sup>20</sup> Além da longa lista de direitos, animavam os procedimentos para o combate de omissões legislativas, os quais as minorias sociais “convertem em um cenário complementar às suas lutas”.<sup>21</sup> A instância judiciária qualificou-se como reparação pelo sistema brasileiro, do presidencialismo de coalizão, cujo resultado dos acordos políticos tende a beneficiar maiorias parlamentares.<sup>22</sup>

Outra razão para a “judicialização da política”, no contexto brasileiro, é a ambição constitucional, como define Oscar Vilhena Vieira.<sup>23</sup> A escolha por não adotar um texto-base na Assembleia Constituinte possibilitou que a redação final tivesse bastante influência das subcomissões, que contavam com intensa participação popular.<sup>24</sup> Disso resultou a regulamentação pormenorizada de diversos temas, distribuídos pelos nove títulos da Constituição de 1988. Essas matérias – desde organização de poderes à ordem econômica – tornaram-se temas constitucionais, o que aumentou o espectro de litigiosidade perante o STF. Vieira resume a consequência dessa ampliação: “se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo legislativo é muito pequeno”.<sup>25</sup> Colaborou para o aumento da litigância constitucional a inclusão de novos legitimados para a proposição de ações de controle concentrado – medida contra a qual, inclusive, se insurgiram os ministros da época.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> *Idem.*

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 51. Essa é a mesma conclusão a que chegam Tate e Vallinder. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *Op. Cit.*, p. 35. As consequências institucionais do presidencialismo de coalizão são apresentadas por Sérgio Abranches. Comentando a particularidade do sistema brasileiro, o autor aponta ser instável e de alto risco, além de incentivar que os grupos permaneçam ainda que não abranja os pontos ideológicos de cada partido. ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. Dados*, vol. 31, nº 1, Iuperj, 1988, p. 27.

<sup>23</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008, p. 446.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 446-447. A estruturação da Assembleia Constituinte foi o que permitiu, segundo Virgílio Afonso da Silva, “a perceptível discrepância entre o perfil ideológico dos membros da Assembleia e o texto final aprovado”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 77-80. Cristiano Paixão indica que a escolha por divisão em subcomissões “garantiu uma maior democracia interna na Assembleia e tornou o processo menos controlável”. Embora constituintes de espectro mais conservador liderassem as comissões de sistematização, o texto a ser filtrado já contava com perfil ideológico progressista. PAIXÃO, Cristiano. *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, ano 13, n. 26, segundo semestre 2011, p. 164.

<sup>25</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. Cit.*, p. 447.

<sup>26</sup> Antes de 1988, o Procurador-Geral da República (PGR) era o único legitimado para questionar a constitucionalidade de normas pela via concentrada. A jurisprudência da Corte assegurava, inclusive, que o PGR

A crescente importância do STF para a história constitucional brasileira está relacionada a dois fatores especialmente relevantes para o presente estudo: a crise de representatividade e a busca por reconhecimento de direitos no Judiciário.<sup>27</sup> Com isso, o arranjo institucional atual promove instrumentos de escape às vontades majoritárias, o que explica – conforme Brandão – “[a] tendência natural dos cidadãos em geral e dos grupos de interesse na mobilização do Judiciário para a realização de sua agenda política”.<sup>28</sup> Esse movimento é identificado por Tate como a criação dos *interest groups* ou grupos de pressão, que transferem seu âmbito de atuação do Legislativo para o Judiciário.<sup>29</sup> A repercussão da mudança de *locus* alcança a própria pauta dos movimentos sociais que, observa Cardinali, passam a reivindicar direitos “em termos *judicializáveis*”.<sup>30</sup>

A expansão do controle de constitucionalidade altera as regras do processo político. Se, antes, o jogo político seguia a vontade da maioria, a introdução dos tribunais muda a dinâmica. Além de os recursos ao Judiciário tornarem-se parte da estratégia política, eles são manejados, principalmente, pelos representantes que não compõem a maioria parlamentar.<sup>31</sup> Cria-se um ambiente propício ao *litígio estratégico* de agentes políticos minoritários e, até mesmo, de

---

acionava a via do controle concentrado com plena discricionariedade. Com a Constituição de 1988, a lista de legitimados passou a abranger, além do PGR: (i) Presidente da República; (ii) Mesa do Senado Federal; (iii) Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) Governador de Estado ou do Distrito Federal; (vi) Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (vii) partido político com representação no Congresso Nacional; (viii) confederação sindical; (ix) entidade de classe de âmbito nacional. Carvalho observa que essa é a principal alteração na estrutura do controle de constitucionalidade. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, nº 23, jan./abr., 2010, p. 195-196. A ampliação do rol de legitimados tornou-se tema controverso durante a Assembleia Constituinte. Os ministros do STF, à época, posicionavam-se publicamente contra a medida democrática. No documento intitulado “Sugestões do Supremo Tribunal Federal à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, enviado à Comissão Afonso Arinos, a Corte observou que a ampliação dos legitimados ativos deveria ser apreciada com cautela. A recomendação dos ministros foi a de manter o Procurador-Geral da República como único ente com legitimidade ativa. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014, p. 30-32.

<sup>27</sup> BRANDÃO, Rodrigo. “A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, 2013, p. 192.

<sup>28</sup> BRANDÃO, Rodrigo. “A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, 2013, p. 192.

<sup>29</sup> Tate observa a mudança de estratégia dos grupos de pressão como um sintoma do sistema político. A judicialização, para o autor, é uma consequência da falta de acesso de certos grupos ao contexto da política tradicional. TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *Op. Cit.*, p. 30 e seguintes.

<sup>30</sup> CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 5.

<sup>31</sup> Para Rodrigo Brandão, a ampliação do rol de legitimados ativos e, sobretudo, a inclusão de quaisquer partidos políticos com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CF/88) transforma o acesso ao STF em um recurso da oposição. A mudança, “no âmbito de um sistema partidário altamente fragmentado, faz com que virtualmente toda questão política relevante se convolva em questão judicial.” BRANDÃO, Rodrigo. “A Judicialização da Política”. *Op. Cit.*, p. 205-207.

agentes da sociedade civil não institucionalizados.<sup>32</sup> É com a perspectiva estratégica que movimentos sociais se valem do Judiciário, a fim de promoverem mudanças sociais estruturais. A litigância estratégica concentra esforços na repercussão social da decisão, deixando em segundo plano o resultado do julgamento.<sup>33</sup>

A atuação estratégico-jurídica do movimento LGBTQIA+ iniciou-se na década de 1990, pela via da judicialização da saúde. Já nos Estados Unidos, onde se manifestou antes, a HIV/AIDS ganhou a pecha de “câncer gay”.<sup>34</sup> Chegou ao Brasil também com o rótulo pejorativo. Scheffer registra, em junho de 1983, a seguinte manchete do jornal *Notícia Populares*: “*Aids: doença de gays*”.<sup>35</sup> A primeira onda estratégica colheu resultados favoráveis. Em casos individuais, a postura dos juízes tendia à concessão de pedidos relacionados ao acesso a exames e medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS.<sup>36</sup> O STF resolveu definitivamente a matéria em 2000, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 271.286.<sup>37</sup> Outros julgamentos com relevante atuação do movimento LGBTQIA+ relacionavam-se ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>38</sup> e à garantia da identidade trans.<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> Utiliza-se o conceito de litígio estratégico de Cardoso: “O litígio estratégico busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais”. CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum. 2012, p. 41.

<sup>33</sup> Nesse ponto, a litigância estratégica se orienta por uma determinada pauta política (*issue-oriented* ou *policy-oriented*), em contraposição à advocacia comum. Nos litígios tradicionais, o advogado busca a melhor decisão para solucionar o problema do cliente (*cliente-oriented*). CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico...*, p. 41-42.

<sup>34</sup> SCHEFFER, Mário (coord.). *O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids*. Brasília, Ministério da Saúde. 2005, p. 17.

<sup>35</sup> SCHEFFER, Mário (coord.). *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>36</sup> Em estudo quantitativo e qualitativo, de 2005, foram analisadas mais de 400 (quatrocentas) decisões judiciais a respeito do tema. “A esmagadora maioria dos julgados dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais é favorável à concessão de medicamentos e exames, sobrepondo o direito à saúde e à vida a qualquer outro argumento, com fundamento na Constituição Federal e na legislação infra-constitucional.” SCHEFFER, Mário (coord.). *Op. Cit.*, p. 105-127.

<sup>37</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 271286 AgR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12.09.2000.

<sup>38</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 05.05.2011.

<sup>39</sup> O julgamento do RE nº 845.779, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, ficou suspenso após pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Antes da interrupção, colheram-se os votos do relator e do Ministro Edson Fachin, ambos dando procedência ao pedido, para definir que a pessoa deve ser tratada de acordo com o sexo que se identifica. Há outros processos relacionados à identidade trans. O RE nº 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli e a ADI nº 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, tratam da possibilidade de alteração do nome social independente de cirurgia de redesignação. Ambas tiveram resultado favorável à pauta do movimento LGBTQIA+, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da personalidade, da intimidade, da isonomia, da saúde e da felicidade.

Dentro dessa lógica, o ajuizamento da ADO nº 26 e a participação de movimentos sociais favoráveis e desfavoráveis à criminalização da homofobia/transfobia estão inseridos em um contexto maior. A história completa depende de entender o que precedeu, nesse caso, a judicialização. Assim, os próximos subtópicos têm por objeto, respectivamente, o processo legislativo e as manifestações doutrinárias sobre o tema da criminalização da discriminação em razão da orientação sexual e de gênero.

## II.b A tramitação frustrada do PLC nº 122/06.

O Partido Popular Socialista (PPS) contratou a Vecchiatti Sociedade de Advogados para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), que viria a ser autuada sob o nº 26. Assinada por Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, a petição foi protocolada em 19.12.2013 – quase cinco anos antes de ser incluída, pela primeira vez, no calendário de julgamento, em 28.11.2018. A síntese da tese principal aparece como epígrafe, logo na primeira página:

“[Temos aqui] pura e simples *má vontade institucional* do Parlamento Brasileiro em referida criminalização específica, de sorte a tornar evidente a mora inconstitucional do Legislativo neste caso concreto e tornar igualmente evidente, ainda, que é necessária a atuação desta Corte em sua **função contramajoritária**, impondo ao Congresso Nacional a criminalização específica das *ofensas (individuais e coletivas), agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima* para garantir que não seja inviabilizada materialmente a **cidadania** e/ou não sejam inviabilizados os **direitos fundamentais** à segurança (proteção eficiente) e à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, pois temos aqui típica **opressão da minoria pelo despotismo da maioria** parlamentar que se recusa a efetivar esta absolutamente **necessária e obrigatória** criminalização específica, decorrente de imposição constitucional [pela ordem: art. 5º, XLI, XLII ou LIV – proibição de proteção deficiente].”<sup>40</sup> (grifos no original)

Antes do ajuizamento da ADO, a criminalização da homofobia era objeto de discussão no Legislativo. Entre os parlamentares, prevaleceu a decisão por não criar um tipo penal específico. A “*má vontade institucional do Parlamento Brasileiro*” refere-se, em primeiro plano, à tramitação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122, de 2006. O Projeto recupera o PL nº 5.003/2001, apresentado pela então Deputada Iara Bernardi – PT-SP, cujo texto original determinava sanções administrativas por discriminação em razão da orientação sexual.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADO nº 26. *Op., cit.* Petição inicial, p. 1.

<sup>41</sup> O PL nº 5.003/2001 previa três punições administrativas para discriminação em razão da orientação sexual. São elas: (i) inabilitação para contratos com órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional; (ii) inabilitação para acesso a créditos concedidos pelo Poder Público e suas instituições financeiras, ou a programas de incentivo ao desenvolvimento por estes instituídos ou mantidos; e (iii) inabilitação para isenções, remissões,

Em 2003, a Deputada Iara Bernardi – PT-SP apresenta o PL nº 5/2003, dessa vez propondo a criminalização do preconceito de gênero e de orientação sexual.<sup>42</sup> A proposta assemelhava-se ao texto do PL nº 5.003/2001. Previa a alteração da Lei nº 7.716/1989 e do art. 140, do Código Penal. Na mesma época, outros deputados apresentaram propostas parecidas: (i) PL nº 381/2003, do Deputado Maurício Rabelo – PL-TO, que criminalizava o preconceito em razão de “valores culturais” na forma da Lei nº 7.716/1989;<sup>43</sup> (ii) PL nº 3.143/2004, da Deputada Laura Carneiro – PLF-RL, que incluía à Lei nº 7.716/1989 os crimes resultantes de preconceito de sexo ou de orientação sexual;<sup>44</sup> (iii) PL nº 3.770/2004, do Deputado Eduardo Valverde – PT-RO, que dispunha sobre o tratamento da liberdade de orientação sexual nas escolas de ensino fundamental e médio, além de prever sanções não-penais para condutas discriminatórias;<sup>45</sup> (iv) PL nº 4.243/2004, do deputado Edson Duarte – PV-BA, que estabelecia o crime de preconceito por orientação sexual, incluindo-o no rol da Lei nº 7.716/1989.<sup>46</sup>

Designado relator do PL nº 5.003/2001 na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), o Deputado Luciano Zica – PT-SP apresentou parecer e proposta de substitutivo, em 20.04.2005. O Substitutivo ao PL nº 5.003/2001 acrescia a criminalização em razão da orientação sexual e de identidade de gênero, com a alteração da Lei nº 7.716. Após a aprovação do Substitutivo, foram apensados ao PL nº 5.003/2001 os projetos semelhantes – nºs 5/2003; 381/2003; 3.143/2004; 3.770/2004; e 4.243/2004.<sup>47</sup> Em 20.04.2006, o Deputado Rodrigo Maia apresentou o Requerimento nº 3884/2006, em que pedia a alteração do regime de tramitação do PL nº

---

anistias ou quaisquer benefícios de natureza tributária. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5.003, de 2001*, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/31842>.

<sup>42</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5, de 2003*, que altera os arts. 1º a 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. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/104327>.

<sup>43</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 381, de 2003*, que altera a redação do art. 1º e do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=106927>.

<sup>44</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.143, de 2004*, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156327>.

<sup>45</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 3.770, de 2004*, que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257757>.

<sup>46</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4.243, de 2004*, que estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266196>.

<sup>47</sup> Vide notas de rodapé supra.

5.003/2001. Em 23.11.2006, a Câmara dos Deputados aprovou sob regime de urgência o Substitutivo do PL nº 5.003/2001.

A aprovação do PL nº 5.003/2001 gerou reação contrária imediata. Assim que terminada a votação, o Deputado Rodrigo Maia – PFL-RJ, que havia requisitado a urgência, pediu a palavra e celebrou a aprovação do projeto. O então presidente da Câmara dos Deputados, Inocêncio Oliveira – PFL-PE, demonstrou-se satisfeito: “Tenho certeza absoluta, nobre Líder, de que se trata de um projeto importante”.<sup>48</sup> O Deputado Fernando Ferro – PT-PE frisou o consenso de que teria resultado aquela aprovação. “Sr. Presidente, gostaria de registrar a maturidade desta Casa ao aprovar esta matéria, após haver negociação e convergência dos diversos partidos da Situação e da Oposição”, disse o parlamentar petista.<sup>49</sup> As congratulações se encerraram com a manifestação contrária do Deputado Pastor Pedro Ribeiro – PMDB-CE. Como a tramitação especial acelerou o procedimento de votação, o Deputado contrário ao projeto apenas se atentou após a sua aprovação.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXI, nº 197, 24 de novembro de 2006, p. 52.019. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020061124001970000.PDF#page=115>.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> A ata da sessão do dia 23.11.2006 registra, logo após a aprovação do PL nº 5.003/2001, a seguinte interação, entre o Deputado Pastor Pedro Ribeiro – PMDB-CE e o Deputado Inocêncio Oliveira – PFL-PE: “O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Sr. Presidente, peço a palavra pela ordem. O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Tem V.Exa. a palavra. O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Sr. Presidente, somos contrários ao Projeto de Lei nº 5.003-A. Queremos discutir esta matéria com profundidade. Não aceitamos que este projeto seja votado hoje. O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Deputado, o projeto já foi votado. Fica registrado o voto contra. O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Foi votado quando? O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Há pouco. Já foi votada a redação final. Inclusive, ele foi elogiado pelos Srs. Deputados Rodrigo Maia e Fernando Ferro. O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Mas não aceitamos que ele seja votado hoje. O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – É matéria vencida, nobre Deputado. O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Por que é vencida? O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Porque já foi votada. O SR. PASTOR PEDRO RIBEIRO – Cada Parlamentar está manifestando-se. Estou manifestando-me na minha vez. Sr. Presidente, não podemos concordar. Isso não é avanço da cidadania. Isso aqui é imposição. V.Exa. sabe o que está acontecendo atualmente na Nação. Portanto, somos contra. É um pedido de urgência extrapauta, não o aceitamos. O SR. PRESIDENTE (Inocêncio Oliveira) – Nobre Deputado, foi feito o entendimento de que o que estivesse na pauta poderia ser retirado de pronto e o que tivesse consenso entre os Líderes poderia constar da pauta. Os Líderes, ao iniciarmos a votação, fizeram o pedido em relação a 2 projetos: este e o referente ao audiovisual. Concordei em inseri-los na pauta. Coloquei em votação o primeiro projeto e, depois, o segundo. Quanto ao terceiro, fiz a leitura com muita calma, disse que 2 projetos tinham sido pensados e 2 projetos tinham sido rejeitados. Chamei todos os Líderes, chamei todos os oradores inscritos, chamei os que se posicionaram contra e os que se posicionaram a favor. Depois, coloquei o projeto em votação calmamente. Votamos a redação final, disse que ela estava aprovada e que a matéria iria ao Senado Federal. Em seguida, o ilustre Líder Rodrigo Maia pediu a palavra e disse: “*Presidente, quero elogiar a Casa pela maturidade com que tratou esta matéria*”. O Deputado Fernando Ferro me pediu a palavra e disse: “*Quero, Sr. Presidente, elogiar a Casa por ter tratado esta matéria com maturidade, sem discriminação de qualquer natureza*”. Aí V.Exa. pediu a palavra. Pensei que fosse para protestar pelo fato de o projeto ter sido aprovado. Como posso rever uma decisão que já foi tomada, nobre Deputado? Foi a mais transparente e a mais correta.” *Idem*.

Apesar da reação contrária instantânea, a tramitação do PL nº 5.003/2001 chamou pouca atenção. Leonardo Santana observa que, naquele período, os olhares se concentravam em outro projeto relacionado aos direitos LGBTQIA+ – PL nº 1.151/1995, da então Deputada Marta Suplicy, que disciplinava a união civil de pessoas do mesmo sexo.<sup>51</sup> A falta de debates em torno da criminalização da homofobia foi resultado da falta de articulação da ala conservadora da Câmara dos Deputados. O Deputado Pastor Pedro Ribeiro chegou a apresentar o recurso nº 310/2006, para impugnar a votação: “não prospera a votação que foi feita, visto que fomos pegos de surpresa, e o acordo é feito pela Casa. Esta Casa tem uma bancada expressiva, a bancada evangélica, que jamais concordaria com todo o enunciado desse projeto”.<sup>52</sup> A questão de ordem não foi acolhida; no entanto, a desatenção da bancada evangélica, anota Santana, “não iria se repetir no Senado”,<sup>53</sup> onde teve início a tramitação do PLC registrado sob o nº 122/2006.

A redação final enviada ao Senado Federal, na linha das outras propostas,<sup>54</sup> aproveitava normas anteriores para incluir as condutas discriminatórias específicas, conferindo-lhes nova redação. O tipo penal do art. 20, da Lei nº 7.716/1989 seria assim: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero”, mantido o preceito secundário – “reclusão de um a três anos e multa”. Além de alterar a Lei nº 7.716/1989, o PLC nº 122/2006 abarca a legislação trabalhista e, ainda, a qualificadora do crime de injúria do Código Penal.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> SANTANA, Leonardo da Silva. O Estado laico no confessionário: a atuação religiosa e a luta pela cidadania LGBT durante a tramitação do PLC 122/2006. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 22. O PL nº 1.151/1995, de autoria da Deputada Marta Suplicy, tinha o viés despatologizante. Alegando haver uma lacuna jurídica regulatória das relações entre pessoas do mesmo sexo, o Projeto buscava reconhecer a sua legitimidade. Mas dentre as pretensões, em princípio, não estava a isonomia. A distinção aparece na justificativa do PL: “A figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil brasileiro, bem com a união estável, prevista no parágrafo 3º, do art. 226 da Constituição Federal.” BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LII, nº 10, 21 de janeiro de 1997, p. 1.822. Mesmo sem encampar a pauta do movimento LGBTQIA+, de equiparação, o PL nº 1.151/1995 já tinha conquistado o posto de Projeto mais progressista até então. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.151, de 1995*, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>.

<sup>52</sup> BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXI, nº 197, 24 de novembro de 2006, p. 52.019. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020061124001970000.PDF#page=115>.

<sup>53</sup> SANTANA, Leonardo da Silva. *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>54</sup> Após a aprovação do PL nº 5.003/2001 pela Câmara dos Deputados, os projetos a ele apensados (nº 5/2003; 381/2003; 3.143/2004; 3.770/2004; e 4.243/2004) ficaram prejudicados. Conferir a tramitação em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/31842>.

<sup>55</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006*, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao §3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Senado Federal: Brasília, 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>.

Alexandre Nogueira Martins noticia o envolvimento do movimento LGBTQIA+ para a aprovação do PLC nº 122/2006 desde o início.<sup>56</sup> Em 2007, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais mobilizou-se tanto institucionalmente, enviando mensagens a senadores, quanto em associação a simpatizantes, com abaixo-assinado coletivos.<sup>57</sup>

Até o ano de 2013, o PLC nº 122/2006 teve tramitação intensa e constante, em parte catalisada pelo “caso Alexandre Ivo”.<sup>58</sup> Passou pelas Comissões de Assuntos Sociais (CAS), de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) e de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Em 2007, a então Senadora Fátima Cleide foi designada relatora do Projeto pela CDH. Tendo em vista a notoriedade do PLC nº 122/2006, criou-se um Grupo de Trabalho (GT) no âmbito da CDH, com parlamentares e representantes da sociedade civil. O GT organizou diversas audiências públicas para discutir o PLC nº 122/2006.<sup>59</sup> Representantes de distintos grupos sociais, de agentes públicos a líderes religiosos, foram convocados para as audiências públicas.<sup>60</sup> O Projeto movimentou entidades de todo o país, que enviaram suas manifestações

---

<sup>56</sup> MARTINS, Alexandre Nogueira. Caminhos da criminalização da LGBTfobia: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização. São Paulo: IBCCRIM, 2021, p. 182 e seguintes.

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> O assassinato de Alexandre Ivo, em 21.06.2010, ficou conhecido nacionalmente. Em 20.06.2010, o adolescente de 14 anos participava de uma festa com colegas, após o jogo do Brasil na Copa do Mundo de 2010. Segundo informações, teria ocorrido uma briga na festa e, de madrugada, ao voltar para casa, Alexandre Ivo foi sequestrado no ponto de ônibus, torturado e assassinado por três rapazes, supostamente ligados a um grupo *skinhead*. No dia seguinte, o corpo de Alexandre foi encontrado em um terreno baldio, em São Gonçalo. A primeira suspeita, inicialmente corroborada por colegas de Alexandre, era a de crime com motivação homofóbica. Após a notoriedade do caso, a Agência Senado afirmou que o PLC nº 122/2006, se aprovado, seria batizado de Lei Alexandre Ivo, “em homenagem ao adolescente assassinado pelo fato de ser gay”. AGÊNCIA SENADO. *Novo projeto sobre criminalização da homofobia deve ser apresentado em agosto*. 13.07.2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/07/13/novo-projeto-sobre-criminalizacao-da-homofobia-deve-ser-apresentado-em-agosto>.

<sup>59</sup> Vide nota de rodapé 37.

<sup>60</sup> No total, ocorreram 19 (dezenove) audiências públicas. Desde as primeiras, os participantes convocados representavam setores diversos: (i) Lívia Nascimento Tinôco – Procuradora da República; (ii) Jean Wylles de Matos Santos – à época, professor universitário; (iii) Paulo Fernando Melo da Costa – advogado e membro da Frente Integralista Brasileira; (iv) Ivair Augusto dos Santos – então Secretário Executivo do Conselho Nacional de Combate à Discriminação; (v) Paulo Leão – então Presidente da Associação Católica de Juristas do Rio de Janeiro; (vi) Reverendo Guilhermino Cunha – Membro da Academia Evangélica de Letras do Brasil; (vii) Evandro Piza – à época, Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Santa Catarina; (viii) Otávio Brito Lopes – então Vice-procurador Geral do Trabalho; (ix) Maria Berenice Dias – à época, Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; (x) Dalio Zippin – Advogado da Comissão de Direitos Humanos da OAB; (xi) Celso de Mello – então Ministro do Supremo Tribunal Federal; (xii) Paulo Mariente – Advogado do Grupo Identidade; (xiii) Edith Modesto – então Presidente do Grupo de Pais de Homossexuais; (xiv) Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, à época Procuradora Federal e coordenadora do Grupo de Direitos Sexuais e Reprodutivos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. Além dos convocados, participaram dos debates organizações relacionadas ao tema do Projeto, como a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Transexuais e Travestis (ABGLT), o Conselho de Líderes Religiosos Brasileiros e o Fórum Evangélico Nacional de Ação Social e Política. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, Op. Cit.*

contrárias e favoráveis à aprovação da matéria.<sup>61</sup> Ao todo, registraram-se 21 (vinte e uma) manifestações, na forma de cartas, ofícios, manifestos e moções. Dentre elas, 12 (doze) posicionaram-se favoravelmente à aprovação do Projeto, enquanto 7 (sete) desejavam a sua rejeição.<sup>62</sup>

No Senado Federal, o Projeto recebeu dois pareceres, um na CAS e outro na CDH, ambos favoráveis à aprovação. A relatora Senadora Fátima Cleide – PT-RO, em parecer na CAS do ano de 2009, concluiu pela constitucionalidade do PLC nº 122/2006 com estes argumentos:

“Dessa forma, esta Relatoria entende que o projeto, além de extremamente positivo no combate à homofobia e na garantia de cidadania a grupos drástica e continuamente violados em seus direitos, não criminaliza a liberdade de consciência e de crença – pela simples razão de que a norma proibitiva incide sobre a conduta dolosa precisamente definida em lei, não sobre o pensamento. Além do fato de que o combate à toda forma de discriminação no campo do trabalho e a promoção da saúde mental dos cidadãos e cidadãs brasileiros, discussão que está no âmbito dessa Comissão, serão fortalecidos.”<sup>63</sup>

Com a aprovação do parecer favorável, o Projeto seguiu tramitando por outras comissões. Em 2011, a Senadora Marta Suplicy – PT-SP foi designada relatora do Projeto pela CDH.<sup>64</sup> A nova relatoria seguiu os ideais fixados pela campanha de Dilma Rousseff,<sup>65</sup> que tentou, durante a campanha, construir consenso político com eleitores religiosos. Para isso, lançou a “Carta Aberta ao Povo de Deus” às vésperas das eleições de 2010. Faltando poucos

---

<sup>61</sup> Manifestaram-se durante o processo legislativo: Câmara Municipal de Fortaleza – CE; Câmara Municipal da Cidade de Passo Fundo – RS; Instituto Plínio Corrêa de Oliveira; Instituto dos Advogados Brasileiros; Defensoria Pública do Estado de São Paulo; Conferência sobre Transparência e Controle Social – CONSOCIAL; Câmara Municipal de Garanhuns – PE; Senhora Santana do Rosário Silva, moradora de Ananindeua – PA; Câmara Municipal de Muqui – ES; Senhor Jorge Vidal, morador de São João de Merití – RJ; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais; Assembleia Legislativa do Estado de Goiás; Sindicato dos Trabalhadores da Universidade Federal de Alagoas – SINTUFAL; Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids; Câmara Municipal de Garça – SP; estudante Fabiano Melo Quirino; Câmara Municipal de IBIAM – SC; Frente da Família; Câmara Municipal de Várzea Paulista; Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH. BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006, Op. Cit.*

<sup>62</sup> Na página de tramitação do PLC nº 122/2006, algumas manifestações juntadas ao processo legislativo aparecem sem o teor da declaração. Por isso, não se sabe, ao todo, quantas manifestações populares favoráveis e desfavoráveis foram anexadas.

<sup>63</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Sociais. Senadora Fátima Cleide. *Parecer*. Brasília, 10.11.2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584086&ts=1630421107944&disposition=inline>.

<sup>64</sup> A Senadora Fátima Cleide PT-RO, a primeira relatora do PLC 122/2006, não conseguiu se reeleger. Por isso ocorreu a troca de relatoria, assumindo o projeto a recém-eleita Senadora Marta Suplicy – PT-SP.

<sup>65</sup> Alexandre Martins registrou o alinhamento entre a relatoria petista e o discurso de Dilma Rousseff durante a campanha para a sua primeira eleição a presidência. Segundo Martins, a Senadora dedicou-se para aprovar o PLC nº 122/2006 “dentro dos marcos já construídos pela campanha de Dilma Rousseff em 2010”. MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 193.

dias para a votação do segundo turno, Dilma Rousseff pôs fim a boatos sobre pontos controversos e, especificamente sobre a criminalização de condutas discriminatórias, manifestou-se assim: “Com relação ao PLC 122, caso aprovado no Senado, onde tramita atualmente, será sancionado em meu futuro governo nos artigos que não violem a liberdade de crença, culto e expressão e demais garantias constitucionais individuais existentes no Brasil”.<sup>66</sup>

Durante os anos de 2011 e 2012, a redação do PLC 122/2006 esteve em disputa. Os substitutivos apresentados durante a relatoria da Senadora Marta Suplicy – PT-SP reiteravam os termos da declaração dada por Dilma Rousseff em campanha. Ao lado da criminalização, incluiu-se dispositivo, de certa forma, pacificador. A lei teria aplicação limitada, porque não incidiria sobre “manifestação pacífica de pensamento decorrente de atos de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença de que trata o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal”.<sup>67</sup> A justificativa para inclusão da disposição considerava a legitimidade das crenças cujo dogma impunha a repressão de comportamentos sexuais “desviantes”. O seguinte trecho aparece no último parecer da Senadora Marta Suplicy:

"Nesse sentido, apoiamos os argumentos da Senadora Fátima Cleide, relatora da matéria na CAS, quando afirma ser a norma pretendida um importante instrumento no combate à homofobia e, também, na garantia de cidadania a grupos que têm sido drástica e continuamente violados em seus direitos. Consideramos, inclusive, que as alterações propostas pela relatora da matéria na CAS são extremamente pertinentes e, por essa razão, dignas de serem acatadas também neste colegiado.

Contudo, julgamos ser necessário refletir sobre um posto delicado da matéria, merecedor de especial atenção: a manifestação pacífica de pensamento decorrente de atos de fé, fundada na liberdade de consciência e de crença. Não podemos ignorar que muitas religiões consideram a prática homossexual uma conduta a ser evitada. Esse pensamento está presente em várias doutrinas - cristãs (católicas ou protestantes), muçulmanas, judaica e espírita -, que não podem ser ignoradas e desrespeitadas, pois se inserem no âmbito do direito à liberdade religiosa. Nesse aspecto, mesmo firmes no propósito de combater a discriminação, não podemos nos esquecer do princípio da liberdade, inscrito no inciso VI do art. 5º de nossa Carta Magna, segundo o qual é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.”<sup>68</sup>

No final do ano de 2012, a relatoria do PLC nº 122/2006 passou ao Senador Paulo Paim – PT-RS. O discurso do parlamentar centrava-se no retorno do projeto na forma primeiro instituída pela Senadora Fátima Cleide PT-RO.<sup>69</sup> Além disso, o novo relator procurou expandir

---

<sup>66</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. “Leia a nota ‘Mensagem da Dilma’ na íntegra. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1610201010.htm>. 16.10.2010.

<sup>67</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão de de Direitos Humanos e Legislação. Senadora Marta Suplicy. *Parecer*. Brasília, 05.12.2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584131&ts=1630421108319&disposition=inline>.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 196.

o objeto do PLC nº 122/2006, para que lhe fosse retirado o rótulo atrelado, exclusivamente, à criminalização da homofobia e transfobia. Dentre as alterações, relatou, estava a que o transformou numa lei geral contra preconceitos, “para que ninguém dissesse que tínhamos feito uma Lei especial para a orientação sexual, ou seja, todos os discriminados estarão contemplados”.<sup>70</sup> A neutralização do discurso em relação ao Projeto influenciou, também, a sociedade civil. Em 2013, intelectuais e artistas assinaram o “Manifesto por um Brasil Sem Preconceito”, que incluía, mas não destacara, o combate à discriminação em razão da orientação sexual e de gênero.<sup>71</sup>

O PLC nº 122/2006 foi incluído para votação da CDH em novembro de 2013 e era sucessivamente retirado da pauta. Até que o Senador Eduardo Lopes – PRB-RJ apresentou o Requerimento nº 1443, em 2013, em que solicitava a anexação do PLC nº 122/2006 ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236/2012, referente à reforma do Código Penal.<sup>72</sup> A justificativa foi a de que o PLS nº 236/2012, mais amplo, contemplava a discussão sobre criminalização da homofobia e da transfobia.<sup>73</sup> Incluído na pauta do dia 17.12.2013, o Requerimento nº 1443 foi aprovado com 29 votos, contra 12 desfavoráveis à anexação.

---

<sup>70</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão de de Direitos Humanos e Legislação. Senador Paulo Paim. *Parecer*. Brasília, 14.11.2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584210&ts=1630421108871&disposition=inline>.

<sup>71</sup> O “Manifesto por um Brasil Sem Preconceito – Pela aprovação do PLC 122/2006” fora disponibilizado, no final de 2013, no sítio eletrônico *Petição Pública*. O documento popularizou-se sobretudo por contar com apoio de pessoas influentes, como Chico Buarque, Leonardo Boff, Daniela Mercury, Fafá de Belém, Alcione, Geraldo Azevedo, Alceu Valença, dentre outros. O trecho principal do Manifesto, referindo-se explicitamente ao PLC nº 122/2006, acompanha a tendência do último substitutivo do Senador Paulo Paim: “É neste espírito que nós que subscrevemos este manifesto conclamamos os senadores e senadoras a aprovarem o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006, na forma do substitutivo do senador Paulo Paim, que define e pune os crimes de ódio e intolerância resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, origem, gênero, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou condição de pessoa idosa ou com deficiência.” BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Artistas e intelectuais assinam manifesto pela aprovação de projeto de lei contra a discriminação*. 04.12.2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2013/dezembro/artistas-e-intelectuais-assinam-manifesto-pela-aprovacao-de-projeto-de-lei-contra-a-discriminacao>.

<sup>72</sup> O PLS nº 236/2012 conta com uma década de tramitação. Iniciou-se por iniciativa do Senador José Sarney, que concentrou em um só projeto outras 140 propostas legislativas relativas a normas penais. Por se tratar de projeto extenso, apesar de constante, a tramitação é longa e lenta. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

<sup>73</sup> Em entrevista ao veículo Rede Brasil Atual, o Senador Eduardo Lopes explicou a motivação do Requerimento nº 1443/2013: “se o relator do novo código, senador Pedro Taques (PMDB-MT), já está tipificando intolerância, injúria e agressão, o projeto 122 está contemplado. Se ele achar que cabe acrescentar alguma coisa, vai ser acrescentado. Mas isso vai ser feito por quem está tratando do assunto”. REDE BRASIL ATUAL. Senador pede que PL 122 seja apensado a projeto que discute Código Penal. Gisele Brito, 08.12.2013. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/12/senador-pede-que-pl-122-seja-apensado-a-projeto-que-discute-codigo-penal-7119/>. De fato, o PLS 236/2012 prevê um capítulo, no Código Penal, exclusivo para racismo e crimes resultantes de preconceito e discriminação. Os tipos penais assemelham-se àqueles previstos pela Lei nº

O apensamento do PLC nº 122/2006 ao PLS nº 236/2012 é resultado, ainda, da articulação da Frente Parlamentar Evangélica e da Frente da Família, que se uniram para retirar de pauta a “lei da mordaca”.<sup>74</sup> Apesar de tardia, porque não manifestada durante a tramitação na Câmara dos Deputados, a articulação no Senado Federal teve sucesso. Importante ativista político contrário ao Projeto foi Silas Malafaia, pastor líder da Igreja Assembleia de Deus Vitória em Cristo e defensor de uma liberdade de expressão irrestrita.<sup>75</sup> Segundo Alexandre Martins e Lauro Nunes, senadores favoráveis ao Projeto também coordenaram a votação pelo

---

7.716/1989, também tendentes à criminalização à criação de obstáculos e impedimentos em razão da orientação sexual. BRASIL. Senado Federal. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Senador Pedro Taques. *Parecer*. Brasília, 17.12.2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&ts=1645029389259&disposition=inline>.

<sup>74</sup> Atualmente, a expressão “lei da mordaca” está popularmente atrelada ao Projeto de Lei nº 7.180/2014, conhecido como “PL do Escola sem Partido”. Opositores apelidaram-no de “lei da mordaca”, porque pretendia regulamentar a postura de professores em sala de aula, notadamente em relação a manifestações políticas. Dentre os dispositivos mais controversos, está o que pretendia alternar o art. 3º, parágrafo único, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, prevendo que “A educação não desenvolverá políticas de ensino, nem adotará currículo escolar, disciplinas obrigatórias, nem mesmo de forma complementar ou facultativa, que tendam a aplicar a ideologia de gênero, o termo ‘gênero’ ou ‘orientação sexual’”. Desde 2018, a tramitação do Projeto de Lei nº 7.180/2014 limitou-se a andamentos meramente procedimentais. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7.180, de 2014*, que inclui entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>. Antes disso, ficou conhecido como “lei da mordaca” ou “lei da mordaca gay” o PLC nº 122/2006, principalmente no círculo religioso. AGÊNCIA SENADO. ‘Projeto anti-homofobia’ foi apresentado na Câmara há quase dez anos. 31.05.2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/05/31/projeto-anti-homofobia-foi-apresentado-na-camara-ha-quase-dez-anos>. A expressão aparece no livro *Porque me tornei parlamentar*, de Marco Feliciano, no seguinte trecho: “o PL 122 criaria privilégios para a comunidade gay, obrigando a aceitação da prática homossexual. Logo, ficou conhecido como “lei da mordaca gay”. FELICIANO, Marco. *Porque Me Tornei Parlamentar*. São Paulo: Ministério Tempo de Avivamento, 2021, n.p. A expressão atrelada ao Projeto foi pela primeira vez utilizada já em 2006, em artigo *online*. Cf. KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de Lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia): a lei da mordaca gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9306>.

<sup>75</sup> O pastor Silas Malafaia, entre os anos de 2011 e 2012, manifestou-se contra o PLC nº 122/2006 por 400 vezes no *Twitter* e provocou inúmeros debates sobre o tema em seu *Facebook*. As postagens, por sua vez, geraram milhares de comentários, de apoiadores e críticos às manifestações. A análise é de Márcia Zanin Feliciani, Leandra Cohen Schirmer e Aline Roes Dalmolin. As autoras concluem, a partir do comportamento de Silas Malafaia, que “o pastor promoveu uma campanha efetiva contra a aprovação da lei, incentivando seus fiéis a participar de um abaixo-assinado e de uma manifestação em Brasília, além de exercer pressão junto aos parlamentares e à imprensa”. FELICIANI, M. Z.; SCHIRMER, L. C.; DALMOLIN, A. R. A atuação de Silas Malafaia contra o PLC 122: análise de suas páginas no Twitter e no Facebook. *PragMATIZES - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura*, n. 13, p. 92-112, 15 jan. 2018, p. 95. A manifestação referida pelas autoras foi a “Marcha da Família”, que aconteceu em 01.06.2011 e reunião cerca de 15 mil pessoas. Os manifestantes caminharam até o Congresso Nacional, liderados por Silas Malafaia. O ato contou com o apoio e a presença dos então parlamentares João Campos (PSDB-GO), Ronaldo Fonseca (PR-DF), Jair Bolsonaro (PP-RJ) e Anthony Garotinho (PR-RJ), Marcelo Crivella (PR-RJ), Magno Malta (PR-ER) e Walter Pinheiro (PT-BA). O objetivo da manifestação era entregar ao então presidente do Senado, José Sarney (PMDB-AP), o abaixo-assinado contrário à tramitação do projeto, com mais de 1 milhão de assinaturas. G1. Lei não pode criar ‘terceiro sexo’, diz Magno Malta em marcha em Brasília. 01.06.2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/lei-nao-pode-criar-terceiro-sexo-diz-magno-malta-em-marcha-em-brasil.html>. Quando recebeu o documento, o senador José Sarney (PMDB-AP) disse: “Sem dúvida, o Senado Federal levará em consideração uma manifestação tão expressiva”. O ESTADO DE SÃO PAULO. Ato contra PL que criminaliza homofobia reúne 15 mil. 02.06.2011. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/355895/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>.

apensamento.<sup>76</sup> Parlamentares como Roberto Requião - PMDB-PR, Cristovam Buarque – PPS-DF e Marta Suplicy – PT-SP apoiaram a anexação com uma justificativa comum: o estereótipo de projeto limitador da liberdade de expressão (“lei da mordaca”) dificultaria a aprovação individual do PLC nº 122/2006.<sup>77</sup> Além disso, ao final de 2013, havia a necessidade de abafar, tanto quanto possível, polêmicas envolvendo a então presidenta Dilma Rousseff, que já se preparava para a reeleição.<sup>78</sup>

Com isso, o PLC nº 122/2006 saiu da pauta imediata do Poder Legislativo. Santana, avaliando as consequências do apensamento, interpreta-o como o fim da discussão sobre criminalização da homofobia/transfobia no legislativo:

“Na prática, o PLC 122 foi devolvido à Câmara dos Deputados em uma conjuntura política que qualquer projeto referente à temática LGBT ou de mulheres não consegue aprovação. O debate do projeto de Código Penal já havia sido palco de disputas sobre a proteção penal da sexualidade e identidade de gênero, quando parlamentares de base religiosa foram vitoriosos em banir do texto legal qualquer menção ao gênero ou sexualidade. O retorno do projeto à Câmara dos Deputados significou, na prática, o fim do PLC 122.”<sup>79</sup>

No dia seguinte ao apensamento do PLC nº 122/2006 ao PLS nº 126/2012, em 18.12.2013, grupos e profissionais militantes pelos direitos LGBTQIA+ publicaram a “Nota de Repúdio ao Senado Federal por enterrar o PLC 122/06”.<sup>80</sup> Dentre os que assinam a Nota de Repúdio está Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, que no dia seguinte faria o protocolo da ADO. Não à toa o conteúdo da Nota de Repúdio antecipa os argumentos da petição inicial. Além de

---

<sup>76</sup> MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 197; NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil: estudo de um caso sobre omissão legislativa*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), São Carlos, 2018, p. 119 e seguintes.

<sup>77</sup> Lauro Nunes entrevistou Antônio Reis, presidente do Grupo Diversidade e diretor-presidente da Aliança Nacional LGBTI, sobre o processo de apensamento. O representante do movimento LGBTQIA+ comentou: “[A tramitação] da reforma do Código Penal, eu não acompanhei [as discussões], eu não acompanhei, mas eu acompanhei essa questão do apensamento: nós éramos, primeiramente, contra porque a gente queria uma lei específica, mas, infelizmente, os nossos aliados achavam que era uma boa porque ele era li [no Código Penal] que tinha que fazer a incidência [do reconhecimento e da ampliação de direitos à LGBTs], inclusive o Senador Roberto Requião falou ‘não, mas é melhor [que se apensasse] porque é uma matéria do Código Penal e tal’. Nós queríamos a penalização, a criminalização da ‘homofobia’. Você estava falando de Código Penal, então tinha similaridades, isso vários parlamentares falaram que até seria uma boa, inclusive, o senador Cristovam [Cristovam Buarque PPS/DF], o senador Requião [Roberto Requião PMDB/PR], a própria senadora Marta [Marta Suplicy PMDB/SP]. Nós não queríamos que fosse apensado, nós do movimento [de LGBTs], eu posso falar por grande parte do movimento, mas chega um momento que a gente teve que [ceder], votaram e apensaram, até porque tinha uma crença que o PLC nº 122/2006 estava ‘estigmatizado’, ele estava – como é que a Marta [Marta Suplicy PMDB/SP] usava – pegou um rótulo, como se fosse a ‘lei da mordaca’, estava ‘demonizado’.” *Op. Cit.*, p. 120.

<sup>78</sup> MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 197.

<sup>79</sup> SANTANA, Leonardo da Silva. *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>80</sup> “Nota de Repúdio ao Senado Federal por enterrar o PLC 122/06”. 18.12.2013. Disponível em: <https://docs.google.com/document/d/11Nope1gRTEXfiHjYIJ2rBjrYx6wSzIS9HFYmlGSDSO0/edit>. Aparecem como signatários da Nota de Repúdio 14 (catorze) instituições, entre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSICPs) e coletivos diversos, e 67(sessenta e sete) pessoas físicas.

defender a urgência da criminalização da discriminação em razão da orientação sexual, a Nota contesta o uso conveniente dos dispositivos do Regimento Interno do Senado (RISF).<sup>81</sup> Ressaltou que a causa da retirada de pauta do PLC nº 122/2006 foi o fundamentalismo religioso. Ao fim, a Nota de Repúdio requer o desapensamento e o prosseguimento da tramitação autônoma do PLC nº 122/2006.

O desapensamento nunca ocorreu. Ao longo de 2014, diversos parlamentares – Ana Rita – PT-ES, Marta Suplicy – PR-SP e Randolfe Rodrigues – PSOL-AP – a apresentaram pedidos formais para incorporar ao PLS nº 236/2012 a redação do PLC nº 122/2006.<sup>82</sup> O senador Vital do Rêgo - MDB-PB, relator do PLS nº 236/2012, sugeriu a desanexação do PLC nº 122/2006. Considerou incompatível a discussão sobre criminalização de condutas homofóbicas nos autos da reforma do Código Penal, dada a especificidade da matéria. “Reconhecemos a extrema gravidade da conduta homofóbica, que deve, porém, ser discutida à parte, em Projeto de Lei específica”, decidiu a relatoria, em 16.12.2014.<sup>83</sup> Em seguida o PLC nº 122/2006 foi arquivado, em razão do art. 332 do RISF.<sup>84</sup>

## II As reações doutrinárias à estratégia do PLC nº 122/2006.

A doutrina cumpriu papel importante na discussão sobre a viabilidade do PLC nº 122/2006. Por um lado, a proposta legislativa expunha uma questão importante: o direito penal é a seara legítima para tratar os discursos de ódio direcionados a minorias sociais? Por outro,

---

<sup>81</sup> A Nota de Repúdio refere-se ao art. 258, do RISF, que fundamentou o pedido de apensamento. O dispositivo diz o seguinte: “Art. 258. Havendo em curso no Senado duas ou mais proposições regulando a mesma matéria, é lícito promover sua tramitação em conjunto a partir de requerimento de comissão ou de Senador, mediante deliberação da Mesa, salvo as que já foram objeto de parecer aprovado em comissão ou que constem da Ordem do Dia.” BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>.

<sup>82</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

<sup>83</sup> BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição e Justiça. Senador Vital do Rêgo. *Parecer*. Brasília, 16.12.2014. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518153&ts=1645029393021&disposition=inline>.

<sup>84</sup> O dispositivo regimental do arquivamento de proposições com longa duração, como o PLC nº 122/2006, que já estava em tramitação há duas legislaturas: Art. 332. (...) §1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado.”. BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>.

se garantida a legitimidade da tutela penal, a questão passava a ser sobre a forma e a intensidade da criminalização. Nessa segunda fase, as perguntas direcionam-se ao local em que previsto o crime – se no Código Penal, se em legislação extravagante – e à quantidade de pena. Em relação ao projeto, as perspectivas doutrinárias dividem-se em duas categorias: (i) a limitadora, que nega a aplicação do direito penal aos discursos discriminatórios; (ii) a incriminadora, que admite a necessidade de intervenção penal contra atos de homofobia/transfobia.

A via limitadora apresenta dois vieses argumentativos principais. O primeiro relaciona-se à liberdade de expressão e o segundo, à crítica do excessivo punitivismo atrelado à criminalização de atos discriminatórios. Em geral, a leitura restritiva evidencia a liberdade religiosa como um direito fundamental (art. 5º, VI, CF/88), garantidora da legalidade dos discursos motivados pela religião. A defesa da liberdade de expressão e de crença era a principal bandeira contra as propostas em âmbito legislativo. Doutrinariamente, essa posição ampara-se nas concepções liberais que defendem a impossibilidade de criminalizar discursos de ódio.<sup>85</sup>

O segundo refere-se à ideia de que “a superação da homofobia não virá do direito penal”.<sup>86</sup> A raiz desse pensamento está nas críticas à esquerda punitiva, que se popularizaram a partir da década de 1990.<sup>87</sup> Maria Lúcia Karam iniciou, no Brasil, a ponderação a respeito do uso do direito penal para a tutela de minorias sociais, em especial de mulheres. Para a autora, as pautas criminalizantes dos movimentos minoritários contribuem para a indevida expansão do poder punitivo e, por consequência, para a restrição de direitos fundamentais.<sup>88</sup> A

---

<sup>85</sup> A expressão refere-se ao conceito de *hate speech*, da literatura estadunidense a respeito dos limites da liberdade de expressão. No livro “*The harm in hate speech*”, Jeremy Waldron defende a criação de leis limitadoras da liberdade de expressão. A legitimidade da restrição depende do âmbito de aplicação da norma; para o autor, a proibição deve direcionar-se aos discursos de teor explicitamente discriminatório com ampla repercussão. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 90.

<sup>86</sup> MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 224. A frase é atribuída a Jean Wyllys, em texto sobre a decisão do STF na ADO nº 26.

<sup>87</sup> KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996. No mesmo sentido: KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

<sup>88</sup> Em princípio, a crítica à esquerda punitiva relacionava-se a questões em torno da agenda criminalizante do movimento feminista. A Lei Maria da Penha e o feminicídio tornaram-se o cerne dos debates propostos por Karam. Para a autora, os movimentos minoritários, geralmente alinhados ao abolicionismo ou ao minimalismo, passam a reivindicar a tutela penal como meio de confirmação de direitos: “o primeiro momento de interesse da esquerda pela repressão à criminalidade é marcado por reivindicações de extensão da reação punitiva a condutas tradicionalmente imunes à intervenção do sistema penal, surgindo fundamentalmente com a atuação de movimentos populares, portadores de aspirações de grupos sociais específicos, como os movimentos feministas, que, notadamente a partir dos anos 70, incluíram em suas plataformas de luta a busca de punições exemplares para autores de atos violentos contra mulheres, febre repressora que logo se estendendo aos movimentos ecológicos, igualmente reivindicantes da intervenção do sistema penal no combate aos atentados ao meio ambiente, acaba por atingir os mais amplos setores da esquerda.” KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Op. Cit.*, p. 79. Não são

perspectiva inaugurada por Karam serviu as bases para o viés anticriminalizante inserido no próprio movimento LGBTQIA+. <sup>89</sup> A estratégia de criminalização como reafirmação de direitos, nesse sentido, esbarrava em ideais propagados também dentro do movimento social. Para os minimalistas ou abolicionistas, a discriminação em razão da orientação sexual e de gênero parecia ter tratamento mais adequado na esfera da educação.

A perspectiva incriminadora, por sua vez, divide-se em dois grupos: uma parte endossa o PLC nº 122/2006 e admite a criminalização da homofobia como tipo penal na Lei nº 7.716/1989; outra parte desenvolve outras estratégias de criminalização. Salo de Carvalho é crítico veemente do projeto legislativo, ao qual se contrapõe, segundo o autor, a Lei Maria da Penha. <sup>90</sup> Apoiador das demandas criminais positivas do movimento, Carvalho identifica três problemas no Projeto. <sup>91</sup> Primeiro, os tipos penais da Lei nº 7.716/1989 abrangem outras formas de discriminação – racismo, antissemitismo, xenofobia – distintas entre si e complexas, com o que Tatiana Badaró concorda. <sup>92</sup> Segundo, tanto o Projeto quanto a Lei nº 7.716/1989 criminalizam, em grande parte, condutas relacionadas à criação de obstáculos em razão de discriminação. Nesses casos, segundo Carvalho, as instâncias não-penais seriam mais adequadas para solução dos conflitos. Terceiro, o Projeto não define um “*crime homofóbico*”, <sup>93</sup>

---

poucas as críticas ao pensamento de Karam. O principal argumento, no aspecto geral, questiona a equiparação de Karam as pautas de movimentos sociais e de movimentos conservadores. Segundo Ricardo Timm de Souza, igualar os discursos sociais aos conservadores “acaba servindo de pretexto teórico para algo que se explica por outros meios”. SOUZA, Ricardo Timm de. Em defesa da esquerda punitiva. *Rastros*, n. 1, Desterro: Cultura e Barbárie, out., 2012, p. 4.

<sup>89</sup> Alexandre Nogueira Martins registra duas alternativas inseridas no discurso anticriminalizante: “tanto ondas que, defendendo o direito penal mínimo, posicionavam-se contra as penas carcerárias e a centralidade da criminalização, quanto ondas abertamente abolicionistas”. MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 226.

<sup>90</sup> CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, nov./dez., p. 187-212, 2012, não paginado (n.p), grifo no original.

<sup>91</sup> Para Salo de Carvalho, as demandas políticas-criminais do movimento LGBTQIA+ dividem-se em duas categorias: positiva e negativa. As pautas positivas referem-se à expansão do poder punitivo, para criminalizar condutas discriminatórias. Por outro lado, as pautas negativas dizem respeito à descriminalização da homossexualidade, que abrange, ainda, a despatologização das orientações sexuais e das identidades de gênero desviantes do padrão. *Ibidem*.

<sup>92</sup> Tatiana Badaró critica a amplitude dos tipos penais da Lei nº 7.716/1989, em especial de seu art. 20, comparando-o à legislação alemã. O Código Penal alemão (StGB) cria requisitos objetivos para enquadrar a conduta de incitação ao ódio contra grupos sociais. Diferente da Lei nº 7.716/1989, não há especificação quanto ao conteúdo do discurso – raça, cor, etnia, religião, procedência nacional e, enfim, orientação sexual e identidade de gênero. O tipo penal alemão contém quatro elementos típicos: “a) o grupo atacado deve ser um grupo pequeno; b) as características desse grupo devem diferir das do público em geral; c) o ataque deve ser dirigido a todos os membros do grupo e não a seus membros individualmente e d) o ataque deve se fundar em característica inalterável ou atribuída pelo público em geral e não pelo próprio grupo”. BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 145, jul., 2018, p. 531-569, n.p.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

de modo que a criminalização não atingiria todos os atos de violência com motivação discriminatória.

A conclusão do autor é pela criação de um tipo penal específico e particular à discriminação em razão da orientação sexual e de gênero. Evandro Piza,<sup>94</sup> Túlio Vianna,<sup>95</sup> Clara Masiero<sup>96</sup> e Victor Romfeld<sup>97</sup> partilham do mesmo entendimento. A criminalização específica de condutas homofóbicas atenderia tanto à legalidade penal, quanto ao simbolismo de garantia de direitos a uma minoria social. Nesse sentido, os autores sugerem que a via legislativa pouco se atentou à consequência de “incluir a homofobia em uma lei antidiscriminatória voltada ao combate ao racismo”.<sup>98</sup> A insuficiência da criminalização é outro ponto de debate. Para Romfeld, o combate a condutas discriminatórias pelo direito inclui, mas não se limita, ao direito penal. Para ele, a forma a ser replicada seria a do movimento feminista, emplacada na Lei Maria da Penha, de caráter *multidisciplinar*.<sup>99</sup> “É preciso reconhecer” – diz Romfeld – “as limitações do Direito Penal ao lidar com a amplitude e a complexidade do fenômeno da LGBTIfobia e suas múltiplas modalidades”.<sup>100</sup>

Outra parte da doutrina aprova os termos do PLC nº 122/2006. Camila Nicolau e Andressa Andrade afirmam que a criação de tipo penal autônomo promoveria “nada ou pouco, muito pouco” à minoria social.<sup>101</sup> Érika Mandes de Carvalho corrobora essa corrente, segundo a qual a inclusão da homofobia no rol já previsto na Lei nº 7.716/1989 contempla a pauta incriminadora.<sup>102</sup> Mariana Carrara assume ser bem-vinda a criminalização pela extensão da Lei

---

<sup>94</sup> CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva.

<sup>95</sup> VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

<sup>96</sup> MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

<sup>97</sup> ROMFELD, Victor Sugamoto. *Aproximação entre direito penal e direito da antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da LGBTIfobia no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 170, agosto, 2020, p. 73-103.

<sup>98</sup> *Idem*, n.p.

<sup>99</sup> Segundo Romfeld: “Pensamos que os movimentos LGBTI poderiam ter dialogado com os movimentos feministas e aproveitado a experiência trazida com a promulgação da Lei Maria da Penha, que extrapola a esfera penal, abordando as mais diversas nuances da violência de gênero (saúde, políticas públicas, atuação institucional, criação de novos órgãos etc.)”. ROMFELD, Victor Sugamoto. *Op. Cit.*, n.p.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> A crítica pontual das autoras refere-se à impossibilidade de selecionar uma conduta como discriminação em razão de orientação sexual ou de gênero. Para elas, o problema da criação de um tipo autônomo seria a limitação da esfera protetiva da norma penal, aplicável a algumas condutas discriminatórias ou a alguns tipos de discriminação. Parece-lhes adequada, na linha dos projetos legislativos, “a introdução de uma agravante genérica junto ao artigo 61 do Código Penal, bem como o acréscimo da ‘discriminação ao grupo LGBT+’ na Lei 7.716/1989”. NICOLAU, Camila Christiane Rocha; ANDRADE, Andressa Paula de. Reflexão sobre a teoria queer, a fobia ao grupo LGBT+ e a proteção pelo Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 995, setembro, p. 407-425, 2018, n.p.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

nº 7.716/1989, ponderando a necessidade de abrandamento das penas.<sup>103</sup> A autora, assim como Maíra Zapater,<sup>104</sup> preocupa-se com a desproporção das penas cominadas ao tipo, que poderiam ensejar a criação de mártires.<sup>105</sup> A inclusão na Lei nº 7.716/1989 deve-se, ainda, à estratégia de judicialização. Dessa forma se evidencia o argumento apresentado na ADO nº 26 quanto à natureza da homofobia/transfobia como espécies de racismo.<sup>106</sup>

### III. O caso da criminalização da LGBTfobia

#### III.a Contextualização

Durou cerca de 24 horas o julgamento conjunto da ADO 26 e do MI 4733. Também pudera: além da longa leitura do relatório, foram ouvidas sustentações orais dos *amici curiae*, além das sustentações do requerente, do Advogado-Geral da União, do Advogado-Geral do Senado Federal e do Ministério Público Federal.<sup>107</sup> Após cinco sessões ao final das quais foi suspenso o julgamento, o Supremo Tribunal Federal encerrou a apreciação dos processos em 13/06/2019. Na data, o Tribunal Pleno enfim emitiu a certidão de julgamento e a tese fixada. Por unanimidade, a ADO 26 foi parcialmente conhecida. A maioria, oito dos onze ministros, julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A procedência da ação decompôs-se em cinco partes. A um, reconheceu a mora inconstitucional do Congresso

---

<sup>103</sup> CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 84, mai./jun., p. 312-368, 2010, n.p.

<sup>104</sup> ZAPATER, Maíra Cardoso. Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder. *Ciências Penais*, v. 17, jul./dez., 2012, n.p.

<sup>105</sup> Segundo Carrara, há significativa aderência da opinião pública a manifestações homofóbicas. Nesse contexto, a condenação por conduta antidiscriminatória é, *a priori*, ato impopular, já que a sociedade partilha das opiniões consideradas criminosas. “Uma condenação de um réu acusado de conduta homofóbica, quando sua atitude ainda não é reprovável por um consenso majoritário, ou seja, quando parcela significativa da população de admitiria tomando a mesma atitude e compartilhando o mesmo sentimento do réu, corre-se ainda o risco de gerar mártires, o que seria extremamente contraproducente para a luta contra homofobia.” CARRARA, Mariana Salomão. *Op. Cit.*, n.p.

<sup>106</sup> Ver no tópico III.d.

<sup>107</sup> Ao todo, foram admitidos como *amicus curiae* 11 (onze) associações. Dentre elas, apenas 6 (seis) sustentaram suas razões oralmente – Grupo Gay da Bahia, representado por Thiago Gomes Viana; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADvS, com sustentação de Alexandre Gustavo de Melo Franco Bahia; Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE, representada por Luigi Mateus Braga; Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida, representada por Walter de Paula e Silva e Cícero Gomes Lage; e Grupo Dignidade – pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, representado por Ananda Hadah Rodrigues Puchta. Os demais manifestaram-se por escrito, no pedido de admissão ou em petição incidental nos autos do processo. Antes das sustentações dos terceiros, o julgamento contou com a manifestação oral de Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, pelo requerente; de André Luiz de Almeida Mendonça, representante da Advocacia-Geral da União; do Advogado-Geral do Senado Federal, Fernando César de Souza Cunha, pelo Senado Federal; e, ao final, do Vice-Procurador-Geral da República, Luciano Mariz Maia, pelo Ministério Público Federal.

Nacional no cumprimento do mandado de incriminação do art. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal. A dois, declarou a existência de omissão inconstitucional do Congresso Nacional. A três, cientificou o Congresso Nacional a respeito das providências necessárias, conforme o art. 103, §2º da Constituição Federal.<sup>108</sup> A quatro, conferiu interpretação conforme à Constituição, para enquadrar a homofobia e a transfobia nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989. A cinco, declarou que os efeitos do enquadramento normativo da homofobia e da transfobia aplicar-se-ão a partir da data final do julgamento.

Ao final, o Tribunal fixou a seguinte tese:

“1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);

2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Art. 103. (...) §2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello, DJe, 06.10.2020, p. 11. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>.

Até a sessão do dia 13/06/2019 havia unanimidade. Os votos que se sucederam ao do Ministro Celso de Mello, relator das ações, acompanharam-no na conclusão pela procedência dos pedidos. A primeira divergência surgiu com o Ministro Ricardo Lewandowski, seguido pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. O Ministro Marco Aurélio foi o único que não reconheceu omissão legislativa na criminalização da homofobia e da transfobia. Já os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli reconheceram a mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional, mas divergiram quanto às consequências da omissão. Opuseram-se ao enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas como crime de racismo – aqui, acompanhados pelo Ministro Marco Aurélio.

A divergência não negou a relevância dos temas afetos ao julgamento. Pelo contrário. Declarou-se contra condutas preconceituosas. “Todos os votos proferidos, mesmo com divergência, reconhecem o repúdio à discriminação, ao ódio, ao preconceito e à violência por razões de orientação sexual”, disse o Ministro Dias Toffoli. Em comum, os divergentes ampararam-se no princípio da legalidade. Para eles, a ampliação conceitual do vocábulo “raça”, do art. 20 da Lei nº 7.716/1989, conduziria à violação ao art. 5º, XXXIX da Constituição Federal – “não há crime sem lei anterior que o define, nem pena sem prévia cominação legal”.

O resultado do julgamento já era esperado pela opinião pública desde o início, em fevereiro de 2019. Nessa data se popularizou a *hashtag* “#CriminalizaSTF”, dentre as suas variações,<sup>110</sup> que expressavam o alcance da discussão fora da estrutura formal do Judiciário.<sup>111</sup> Na penúltima sessão de julgamento, em 23/05/2019, estiveram presentes no Plenário do STF a cantora Daniela Mercury e sua companheira, Malu Verçosa. A cantora, entrevistada pelo jornal GLOBO, disse estar “muito orgulhosa do Supremo [Tribunal Federal]”.<sup>112</sup> Teceu elogios

---

<sup>110</sup> Popularizaram-se, na mesma época, as *hashtags* #Écrimesim e #Queremosnossosfilhosvivos. Alexandre Martins anota que, antes de ser incluído na pauta de julgamento pelo STF, o debate sobre a criminalização da homofobia/transfobia já aparecia nas redes sociais. O autor recorda a *hashtag* #plc122SIM, ainda em 2011, quando a questão estava submetida somente ao crivo do Poder Legislativo. A estratégia do movimento para gerar engajamento contou com a profusão de abaixo-assinados *online*. Martins observa, ainda, que no início da tramitação do PLC nº 122/2006, a matéria era debatida em comunidades fechadas no *Orkut*. MARTINS, Alexandre Nogueira. *Op. Cit.*, p. 159.

<sup>111</sup> Em 13/02/2019, o primeiro dia designado ao julgamento conjunto das ações, a Revista Cláudia publicou matéria em que compila as manifestações de celebridades sobre o tema. “A principal imagem que está sendo usada por figuras conhecidas, como Nanda Costa, Tais Araújo e Letícia Colin, é a de uma ilustração em que mãos de diferentes cores estão entrelaçadas, enquanto que a bandeira LGBT aparece de fundo com a *hashtag* #CriminalizaSTF”. CLÁUDIA. “Famosas se posicionam e pedem que o STF criminalize a homofobia”. 13.02.2019. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/famosos/famosas-se-posicionam-e-pedem-que-o-stf-criminalize-da-homofobia/>. Acesso em 01.10.2021.

<sup>112</sup> O GLOBO. “A votação traduz muito mais o que é o Brasil de 2019, diz Daniela Mercury sobre o julgamento para criminalizar a homofobia”, de Paula Ferreira. 23.05.2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/a->

sobretudo ao relator das ações: “O ministro Celso de Mello fez uma defesa como relator que deixou poucos argumentos para não se aprovar a criminalização. Ele é nosso herói.”<sup>113</sup> O julgamento extrapolou os limites do universo jurídico. A sociedade civil mostrou interesse particular nas ações e celebrou o resultado proclamado. Efeito semelhante ocorreu à época da decisão sobre união homoafetiva.<sup>114</sup> Os julgamentos equiparam-se na matéria, pelo viés de garantia de direitos à comunidade LGBTQIA+, como também na aprovação popular direcionada ao STF. A comemoração do resultado se torna, direta ou indiretamente, a exaltação da própria Corte Constitucional. Quem fez a relação entre os julgamentos foi o ministro Luis Roberto Barroso, que advogou no caso e sustentou a tese no Plenário.<sup>115</sup>

Apesar do apelo popular favorável à criminalização, quem apostou na improcedência dos pedidos estava respaldado pela jurisprudência do Tribunal. A questão – saber se praticar discriminação de orientação sexual enquadra-se ao tipo penal do art. 20 da Lei nº 7.716/1989 – não era nova. Da primeira vez, no Inquérito nº 3.590/DF, a decisão foi pela interpretação restritiva. “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (sic) ao ódio, ao crime, a (sic) rejeição”, publicou o pastor e Deputado Federal Marco Feliciano, em sua página no *Twitter*.<sup>116</sup>

---

[votacao-traduz-muito-mais-que-o-brasil-de-2019-diz-daniela-mercury-sobre-julgamento-para-criminalizar-homofobia-23689760](https://www.gazetadopovo.com.br/brasil/votacao-traduz-muito-mais-que-o-brasil-de-2019-diz-daniela-mercury-sobre-julgamento-para-criminalizar-homofobia-23689760).

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> A constitucionalidade da união homoafetiva foi decidida no julgamento conjunto da ADPF 132 e da ADI 4277, em 2011. O STF conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723, do Código Civil, para reconhecer a união homoafetiva como instituto jurídico com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Foram dois os principais argumentos da decisão: as violações à isonomia e à dignidade da pessoa humana: “Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, DJE 14.10.2011, p. 65. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Àquela altura, embora tenha se formalizado importante avanço na principal pauta do movimento LGBTQIA+, a opinião pública brasileira alinhava-se positivamente à decisão. É o que observa Juliana Gomes, concluindo, em suma, que o STF agiu majoritariamente. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 135.

<sup>115</sup> Em 21.02.2019, após a sessão em que colhidos os votos dos Ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, todos acolhendo a manifestação do relator, o Ministro Barroso deu declarações ao *Conjur*. Ao jornal, Barroso relacionou a decisão sobre a criminalização ao caso da união homoafetiva, no que concerne ao papel representativo do STF: “As supremas cortes representam também um papel representativo, o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidas a tempo e a hora. O que se está exercendo aqui, e que deve ser exercido em situações excepcionais, quando a história exige, é o papel iluminista, de empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias, como quando da decisão desta corte sobre a união homoafetiva.” CONJUR. *Criminalização da homofobia exige atuação iluminista do STF, diz Barroso*. Ana Pompeu. 21.02.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/criminalizacao-homofobia-exige-iluminismo-stf-barroso>.

<sup>116</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito (Inq) nº 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJE 12.09.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>.

A postagem, de 30/03/2011, compôs uma série de *tweets* que professavam ofensas tanto à raça quanto à orientação sexual.<sup>117</sup> O Procurador-Geral da República à época, Roberto Monteiro Gurgel Santos, entendeu que as postagens de cunho racial estariam “no limite entre a ofensa à raça negra e a liberdade de expressão”.<sup>118</sup> Com essa justificativa, denunciou Marco Feliciano apenas pela manifestação sobre os “sentimentos dos homoafetivos”. Vislumbrou tratar-se da prática do crime de racismo, do art. 20, da Lei nº 7.716/1989. O Inquérito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio.

Foram dois os argumentos da defesa. O primeiro girou em torno da aplicação da imunidade parlamentar. Como representante da classe cristã no legislativo federal, estariam ligadas ao exercício do mandato parlamentar as manifestações baseadas na Bíblia.<sup>119</sup> O segundo, subsidiário na defesa apresentada, ressaltou a atipicidade da conduta do Deputado.<sup>120</sup> Contra a tese de atipicidade, o Procurador-Geral da República defendeu a ampliação conceitual da palavra “raça” no tipo penal em questão, em detrimento da interpretação literal.<sup>121</sup> Como precedente, citou o Habeas Corpus nº 82.424/RS – o “caso Ellwanger”.<sup>122</sup> Na Primeira Turma, o voto do relator prevaleceu à unanimidade. Concluiu assim o Ministro Marco Aurélio:

“Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei nº 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou

---

<sup>117</sup> A série de *tweets* do Deputado Marco Feliciano referia-se aos “africanos” como amaldiçoados por Noé, o que, segundo afirmava o Deputado, gerava “fome, pestes, doenças, guerras étnicas”. G1. “*Deputado vê ‘podridão’ em gays e diz que há ‘maldição’ sobre africanos*”. Iara Lemos, 31.01.2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>.

<sup>118</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito (Inq) nº 3590...*, p. 2.

<sup>119</sup> “A linguagem metafórica com que vários ensinamentos cristãos são divulgados só confirma como as manifestações do parlamentar denunciado possuem natureza teleológica e vão além do raso entendimento de que existe algo contra uma orientação sexual, e ainda que a discussão tenha sido efetuada em uma rede social, foi travada em nível filosófico e espiritual, jamais discriminatório por qualquer razão. Em que pese o parlamentar denunciado não se sujeitar a quaisquer consequências civis ou penais em razão das suas opiniões, palavras e votos, desde que naturalmente, suas manifestações ocorram nos marcos do exercício do mandato, não é demais na medida em que propicia o engajamento de diversos eleitores na defesa de particulares de interesse de determinado segmento social, cujos valores encontram guarida justamente na representatividade do Deputado, ora denunciado, o qual atrelou a sua religiosidade ao seu mandato nos limites de sua liberdade de atuar profissionalmente segundo sua própria proposta de governo.” *Idem*, p. 99.

<sup>120</sup> “Apenas pelo amor ao debate, argumentamos também em que pese as expressões vinculadas com as explicações acima não terem em momento algum adentrando igualmente na esfera penal, é cediço que a instigação, induzimento ou a discriminação por orientação sexual, até o momento, não pode ser caracterizada como crime pela legislação pátria, inexistindo *in tesse* consequência jurídicas (*sic*), em âmbito federal, em relação a esse tipo de discriminação”. *Idem*, p. 102.

<sup>121</sup> “O vocábulo raça descrito no art. 20 da Lei nº 7.716/89, portanto, deve ser interpretado levando em consideração os valores sociais, éticos, morais e os costumes existentes na sociedade e não o seu mero sentido literal, como quer fazer o denunciado em sua resposta”. *Idem*, p. 112.

<sup>122</sup> *Idem*, p. 110.

da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º.

Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal.”<sup>123</sup>

Aderiram à rejeição da denúncia, considerando atípica a conduta, os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Acompanharam o relator no resultando, mas não sem frisar a reprovabilidade da conduta em questão – postagens preconceituosas de Deputado Federal em rede social de amplo alcance. O Ministro Luís Roberto Barroso foi o primeiro a reprimir os atos do investigado, ao votar pela rejeição da denúncia – “por mais reprovável que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente”.<sup>124</sup> Em seguida, votou a Ministra Rosa Weber, reproduzindo o *obter dictum* inaugurado por Barroso.<sup>125</sup> Havia preocupação com a publicização daquele resultado de julgamento. Para o Ministro Luiz Fux, tão importante quanto a rejeitar denúncia por fato atípico era demonstrar que o Tribunal não estava sendo condescendente. Daí a ideia: “que se divulgue que nós entendemos que não há tipicidade, muito embora entendamos reprovável essa conduta. Isso é que precisa ficar bem claro na decisão da Turma”.<sup>126</sup>

Com exceção do relator e do ministro Dias Toffoli, mudaram de orientação os que votaram pela rejeição da denúncia do Inq 3.950/DF quando submetidos à mesma matéria cinco anos mais tarde. Embora os objetos de julgamento sejam distintos,<sup>127</sup> parte do debate assemelhava-se. Para a decisão do Inq 3.950/DF, bastou a menção ao princípio da legalidade para decidir que condutas homofóbicas não estariam abrangidas pelo art. 20 da Lei nº 7.716/1989. Já na decisão mais recente, a lembrança do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal não impediu o enquadramento fático do preconceito com a orientação sexual como crime de racismo. De certa forma, houve inovação.

Este terceiro capítulo propõe-se a analisar o contexto em que inserido o julgamento da ADO 26, sobretudo pelo que se pôs em debate. O que disse o proponente? Qual a importância

---

<sup>123</sup> *Idem*, p. 146.

<sup>124</sup> *Idem*, p. 148.

<sup>125</sup> “Senhor Presidente, endosso e subscrevo, na íntegra, as manifestações de Vossa Excelência e do Ministro Luís Roberto quanto à reprovabilidade da manifestação do acusado.” *Idem*, p. 149.

<sup>126</sup> *Idem*, p. 150-151.

<sup>127</sup> A semelhança da discussão, no entanto, é parcial. Parte significativa da decisão do STF no julgamento da ADO nº 26 girou em torno de saber se havia omissão inconstitucional por parte do Legislativo. Esse é o ponto de maior distinção entre os julgamentos, além do fato de que, no Inq nº 3590, estava *sub judice* uma demanda concreta.

da participação popular no caso e o que disseram os *amicii curiae*? Quais as teses vencedoras? Quais as teses vencidas?

### III.b O pedido.

No dia seguinte ao pensamento do PLC nº 122/2006 ao PLS nº 236/2012, o PPS ajuizou a ADO. A primeira parte da petição inicial esclarece os cinco “conceitos fundamentais” utilizados no pedido.<sup>128</sup> São os conceitos de (i) discriminação, (ii) orientação sexual, (iii) identidade de gênero, (iv) dirigismo constitucional e (v) ordem constitucional de legislar.

A definição de discriminação é a da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adaptada à demanda LGBTQIA+.<sup>129</sup> Segundo a Convenção:

“[discriminação] significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro”.

Já a orientação sexual e a identidade de gênero seguem a conceituação conferida pelos Princípios de Yogyakarta.<sup>130</sup>

“1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.

2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual de gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. Petição Inicial, pp. 8-14. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>.

<sup>129</sup> BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm).

<sup>130</sup> Os Princípios de Yogyakarta são normas de direitos internacional especificamente relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero. A criação deve-se ao Painel Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

<sup>131</sup> *Princípios de Yogyakarta*. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, p. 10. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf).

Os conceitos de dirigismo constitucional e de ordem constitucional de legislar atrelam-se, principalmente, à doutrina de Canotilho.<sup>132</sup> À ordem constitucional de legislar, quando em matéria penal, dá-se o nome de mandado de criminalização.<sup>133</sup> Apresentam-se definições segundo as quais o legislador detém menor margem de liberdade ante uma imposição constitucional:

“(…) por dirigismo constitucional referimo-nos à imposição, pela Constituição, de obrigações a serem cumpridas pelo Estado, sendo que as ordens constitucionais de legislar configuram-se como imposições feitas pela Constituição ao legislador para que ele, obrigatoriamente, elabore as leis nelas referidas, caracterizando verdadeira mitigação da liberdade de conformação do legislador democrático. Isso significa que, consoante juízos de conveniência, oportunidade e avaliação sobre a necessidade de elaboração das leis, no caso das ordens constitucionais de legislar o legislador está obrigado a criar a lei em questão por ter a Constituição já decidido acerca da conveniência, oportunidade e necessidade de sua criação.”<sup>134</sup>

A segunda parte gira em torno do cabimento da ADO.<sup>135</sup> Nesse tópico, especificam-se os fundamentos jurídicos. São duas as matérias principais: a existência de um mandado de criminalização relacionado à discriminação em razão da orientação sexual e a verificação de necessidade da criminalização. Se fossem perguntas, colocar-se-iam da seguinte forma: (i) a Constituição de 1988 impõe ao legislador a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas? (ii) há uma proteção deficiente da população LGBTQIA+ pelo ordenamento jurídico que torna necessária a criminalização específica dessa forma de discriminação?

Primeiro, o proponente chama atenção ao art. 5º, XLII da Constituição – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” – do qual poderia se retirar um mandado constitucional de criminalização de “todas as formas de discriminações racistas”.<sup>136</sup> A interpretação que se dá ao dispositivo e às suas consequências tem relação direta com o que se entende por dirigismo constitucional. Daí a conclusão sobre a exegese do art. 5º, XLII, da Constituição: “caracterizada uma conduta como

---

<sup>132</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2001. Também é citado DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>133</sup> “O Direito Penal não está imune à supremacia constitucional, também relativamente às ordens constitucionais de legislar criminalmente (*mandados de criminalização*): tendo a Constituição ordenado a criminalização de uma conduta, o legislador deve, obrigatoriamente, criminalizá-la.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. *Petição Inicial*, p. 12.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>135</sup> *Idem*, p. 14-33.

<sup>136</sup> *Idem*, p. 15.

racista, constitui dever do legislador criminal todas as espécies de racismos e ofensas raciais em geral”.<sup>137</sup>

Buscando expandir a definição de racismo, a petição inicial explora um “conceito jurídico-constitucional de racismo”.<sup>138</sup> No ponto, invoca o Caso Ellwanger.<sup>139</sup> O julgado demandou a definição da abrangência do art. 5º, XLII, da Constituição, mas em situação diferente da que se apresentou na ADO 26. O Caso Ellwanger começou com a denúncia de Siegfried Ellwanger pelo crime de racismo, do art. 20, da Lei nº 7.716/89, com a redação conferida pela Lei nº 8.081/90 – “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. Segundo a denúncia, Siegfried Ellwanger editou e distribuiu livros anti-semitas, para “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.<sup>140</sup> O juiz de primeiro grau absolveu-o. A acusação recorreu da sentença e em segundo grau a apelação foi provida, para condená-lo a dois anos de reclusão. Contra o acórdão condenatório, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), para questionar a imprescritibilidade da discriminação de judeus. A tese resumia-se a uma interpretação restritiva do 5º, XLII, da Constituição, cujos impetrantes entendiam tornar imprescritível apenas a conduta discriminatória em razão da raça. Defendia-se, então, que o antissemitismo expresso nas publicações se diferenciava do crime de racismo. A consequência da distinção, para o caso concreto, seria o reconhecimento da prescrição e a declaração de extinção da punibilidade. Indeferido o pedido pelo STJ, o caso chegou ao STF – HC nº 82.424. A Corte denegou o *habeas corpus* e confirmou a imprescritibilidade de todas as discriminações inseridas no art. 20, da Lei nº 7.716/89. O argumento principal do voto vencedor, encabeçado pelo ministro Maurício Corrêa, foi o de que o crime de racismo não se restringe a manifestações contra a raça.

O precedente do Caso Ellwanger confere à ADO 26 o fundamento do conceito jurídico de racismo para o paradigma da Constituição de 1988. Com efeito, conclui-se que o conceito jurídico-constitucional de racismo joga luz em uma minoria social atualmente desprotegida em

---

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 82.424*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2002.

<sup>140</sup> *Idem*, p. 2.

âmbito penal – a comunidade LGBTQIA+. <sup>141</sup> A partir disso, o proponente expõe a omissão inconstitucional parcial que circunda o art. 5º, XLII da Constituição e a imposição de criminalizar a homofobia e a transfobia. <sup>142</sup> O tópico destaca o livro “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”, de Guilherme de Souza Nucci. <sup>143</sup> A ideia central é a do heterossexismo <sup>144</sup> como ideologia racista, porque estabelece a hierarquia entre os grupos heterossexuais e os dissidentes. Segundo o requerente, a definição de condutas homofóbicas como tipicamente racistas decorre, ainda, da Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, bem como de resoluções da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA). A equiparação ao racismo é o que conduz ao entendimento de que há omissão estatal na punição direcionada ao preconceito em razão da orientação sexual e de gênero. Em suma, se homofobia e transfobia são espécies de racismo, então a elas se aplica o mandado de criminalização do art. 5º, XLII, CF/88.

Subsidiariamente, propõe-se que o dever de criminalização advém do art. 5º, XLI, CF/88 – “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. <sup>145</sup> Argumenta, principalmente, a violação de dois direitos fundamentais: liberdade e igualdade. Por um lado, ofenderia a liberdade negar à população LGBTQIA+ a fruição plena da personalidade. Por outro, a igualdade estaria violada porque a homofobia e a transfobia são fruto de discriminação e a não punição estabelece uma “hierarquização de opressões”. <sup>146</sup> Por último, destaca o descumprimento do direito fundamental à segurança, por não prestar proteção suficiente à minoria social.

Uma preocupação para viabilizar a ADO referia-se ao que poderia ser classificado como omissão inconstitucional. Para isso, o proponente explorou o conceito de inconstitucionalidade

---

<sup>141</sup> “Este, portanto, é o conceito jurídico-constitucional de racismo do art. 5º, inc. XLII, da CF/88 (ideologia segregacionista que prega a inferioridade de um grupo relativamente a outro), que servirá de base para o enquadramento da homofobia e da transfobia como espécies do gênero racismo e, portanto, inclusas na ordem constitucional de criminalizar o racismo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. *Petição Inicial*, p. 19-20.

<sup>142</sup> *Idem*, p. 20-31.

<sup>143</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>144</sup> “(...) o heterossexismo social [é] a ideologia que prega a superioridade da heterossexualidade como a única sexualidade “aceitável”, portanto, como a sexualidade “superior” e considerando que isto tem gerado violência, ofensas, discriminações, ameaças e mesmo assassinatos contra pessoas LGBT, tem-se como inegável que o heterossexismo social constitui uma ideologia racista e, portanto, a homofobia e a transfobia constituem-se como ideologias/condutas tipicamente racistas por serem decorrência do racismo heterossexista” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. *Petição Inicial*, p. 22.

<sup>145</sup> *Idem*, p. 31-33.

<sup>146</sup> *Idem*, p. 32.

por proibição de proteção deficiente.<sup>147</sup> Como há normas não penais que punem condutas homofóbicas e transfóbicas, a saída seria defender a insuficiência da proteção exclusivamente cível e trabalhista. Nessa parte, utiliza o princípio da proporcionalidade como fundamento para incrementar a segurança da comunidade LGBTQIA+, mediante a criação de um tipo penal específico. A demonstração de deficiência da proteção estatal ficou a cargo de notícias de episódios violentos praticados, em tese, com motivação homofóbica/transfóbica.<sup>148</sup> A necessidade de norma penal, conforme o proponente, evidencia que as condutas violam bem jurídicos relevantes, como “dever de tolerância e direitos fundamentais à livre orientação sexual, à livre identidade de gênero e à segurança da população LGBT”.<sup>149</sup>

Sob outro viés, a inicial atentou-se ao embate de direitos fundamentais em jogo, a fim de sustentar que não se tratava de demanda para macular a liberdade de expressão.<sup>150</sup> O tópico é uma resposta aos “opositores da criminalização da homofobia e da transfobia [que] usualmente invocam a liberdade de expressão para dizer que teriam o ‘direito’ de ‘criticar a homossexualidade’”.<sup>151</sup> A maior parte dos argumentos repetiu os votos do Caso Ellwanger, em que também se enfrentou o problema da limitação da liberdade de manifestação.

Para o proponente, manifestações de ódio e preconceituosas não estariam abrangidas pela liberdade de expressão. No HC nº 82.424, o ministro Carlos Velloso afirmou: “não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos”.<sup>152</sup> O tópico cita julgados de cortes internacionais em que se decidiu pela mitigação da liberdade de expressão no contexto de manifestações preconceituosas em razão da orientação sexual.<sup>153</sup>

Por último, expõem-se os pedidos cumulativos. O primeiro é pela declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional. No ponto, defende a necessidade da proteção penal, em razão do alto nível de violência e discriminação de pessoas LGBTQIA+ no Brasil. Paralelamente, afirma não se tratar de direito penal simbólico, porque a criminalização conferiria eficientemente a proteção dessa minoria social.<sup>154</sup> Junto a isso, menciona a legislação

---

<sup>147</sup> *Idem*, p. 33-48.

<sup>148</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>150</sup> *Idem*, p. 48-52.

<sup>151</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>152</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>153</sup> *Idem*, p. 55-56.

<sup>154</sup> “[é] legítima e necessária a criminalização da discriminação contra a população LGBT na realidade brasileira, pois, longe de ser legislação penal “meramente simbólica”, é necessária à proteção eficiente da população LGBT

de diversos países – Estados Unidos, Andorra, Bélgica, Canadá, Croácia, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Lituânia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Romênia e Suécia – que adotam algum tipo de sanção penal para condutas homofóbica/transfóbicas.<sup>155</sup> Ainda quanto à mora inconstitucional, apresenta a tese de relativização do direito penal mínimo em favor do cumprimento dos mandados constitucionais de criminalização.<sup>156</sup> O direito penal sempre mínimo, segundo o proponente, contraria a noção de supremacia constitucional. Ao lado da defesa da necessária criminalização, expõe-se a insuficiência da legislação brasileira sobre a matéria.<sup>157</sup> Afirma, por conseguinte, a ineficácia das sanções regionais não-penais.

Em seguida ao pedido de declaração de mora, apresentam-se os casos de omissão inconstitucional nos quais o STF adotou posição concretista. São citados os MIs nº 670, 708 e 712, cujo objeto era a regulamentação da greve de servidores públicos contida no art. 37, VII da Constituição. Nos mandados de injunção, a questão era saber a natureza da norma constitucional – se a eficácia plena dependia de regulamentação legal. O posicionamento anterior do STF era pela reserva absoluta de lei.<sup>158</sup> Quando instado a decidir sobre a lacuna de lei regulamentadora da greve de servidores públicos, o Tribunal restringia-se à declaração de mora inconstitucional. Sem resposta legislativa, o STF abraçou o concretismo – segundo o proponente, “a Corte passou a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário para sanar a persistente omissão inconstitucional do Parlamento”.<sup>159</sup> Os mandados constitucionais criam, conforme argumenta o requerente, um “direito subjetivo à legislação”,<sup>160</sup> que resta violado com a omissão. Em suma, a tese concretista afirma a existência de direito subjetivo à legislação, que autoriza a regulamentação provisória diretamente pelo Judiciário. Esse entendimento é aproveitado pelo proponente:

---

brasileira, especialmente na atualidade (contexto social supra descrito) – afinal, o Direito Penal constitucionalmente adequado a um texto constitucional dirigente que determina a criminalização de condutas e demanda pela proteção eficiente da população – logo, também da população LGBT – não se demanda “apenas” a limitação do jus puniendi estatal, mas demanda pela criminalização de condutas quando isto seja necessário à proteção da população em questão.”. *Idem*, p. 55.

<sup>155</sup> *Idem*, p. 55-56.

<sup>156</sup> “Contudo, ainda que se entenda que a interpretação da Constituição segundo a ideologia do Direito Penal Mínimo constituía a “regra” de interpretação penal-constitucional de nossa Lei Fundamental, fato é que as ordens constitucionais de legislar criminalmente constituem uma expressa/textual excepcionalização da ideologia do Direito Penal Mínimo.” *Idem*, p. 57.

<sup>157</sup> *Ibidem*.

<sup>158</sup> Os casos representativos da jurisprudência anterior eram MI nº 20, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 19.05.1994; MI nº 485, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 25.04.2002; RE nº 185944, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 17.04.1998; MI nº 585, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 15.05.2002; e MI nº 631, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 15.05.2002.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 62-63.

<sup>160</sup> *Idem*, p. 63.

“(…) a única forma de se conseguir um caráter imperativo à ordem de supressão da lacuna inconstitucional pelo Legislativo (emanada na decisão que declara a inconstitucionalidade da omissão do Parlamento) é mediante a criação de uma normatização provisória pela Jurisdição Constitucional para que esta (normatização) tenha vigência até que o Legislativo cumpra seu encargo de legislar sobre a matéria em questão (que esta é a única forma de se conseguir a efetividade constitucional é algo que resta comprovado pela realidade empírica, que demonstrou o caráter absolutamente inócuo de apenas se notificar o Legislativo acerca de sua mora inconstitucional para fins de aprovação da legislação respectiva).”

Com base nesse grupo de casos, argumenta pela necessidade de uma “troca de sujeitos”<sup>161</sup> para o cumprimento do mandado constitucional. As ordens de legislar seriam, portanto, apenas preferencialmente direcionadas ao Legislativo – o qual perderia a preferência em caso de omissão. Esclarece, por fim, que a declaração da mora inconstitucional deve acompanhar a normatização provisória da criminalização de condutas preconceituosas em razão da orientação sexual e do gênero, em caso de persistência da omissão.

Com isso, requer a fixação de prazo razoável para o Congresso Nacional elaborar a lei criminalizadora. Nesse tópico, o proponente relembra a longa tramitação do PLC nº 122/06, que à época somava 12 (doze) anos. Recordou o apensamento do projeto específico ao PL nº 236/12, de reforma ao Código Penal, como “uma claríssima estratégia dos opositores”.<sup>162</sup> Reproduziu a Nota de Repúdio ao Senado Federal, assinada por pessoas físicas e entidades da sociedade civil, contra o apensamento.

Em seguida, requer a superação da reserva absoluta de lei, caso o Legislativo descumpra o prazo razoável estabelecido. Esses são pedidos cumulativos sucessivos – ou seja, existe uma vinculação lógica entre ambos. O segundo pedido refere-se a uma “redução teleológica”<sup>163</sup> do princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, CF/88), para permitir que o descumprimento a uma ordem constitucional de criminalização comporte uma exceção à reserva legal.<sup>164</sup> Requereu, assim, que a punição de condutas homofóbicas e transfóbicas se dê mediante aplicação da Lei nº 7.716/1989.

---

<sup>161</sup> *Idem*, p. 66.

<sup>162</sup> *Idem*, p. 74.

<sup>163</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>164</sup> “(…) só é admissível a superação da exigência constitucional de legalidade estrita parlamentar quando existir ordem constitucional de legislar descumprida pelo legislador e quando o legislador permanecer inerte a despeito da declaração da inconstitucionalidade desta omissão pelo Tribunal Constitucional (no caso, o STF) e a despeito da superação do prazo razoável por ele fixado para a elaboração da legislação em questão.” *Idem*, p. 86.

O último pedido referia-se à fixação de indenização de vítimas de homofobia e transfobia. Segundo o proponente, a sanção pecuniária correspondia à inércia inconstitucional. A conduta omissiva permitiria a incidência da responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, CF/88, pela ausência de proteção a direito fundamental e pelo descumprimento do mandado constitucional de criminalização.

### **III.c A participação popular no julgamento.**

#### **III.c.i A garantia institucional do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro.**

A matéria submetida ao controle judicial na ADO 26 chamou atenção da sociedade civil. Em especial, atraiu movimentos sociais relacionados aos direitos da população LGBTQIA+ e à liberdade religiosa. A intervenção de terceiros no processo constitucional nem sempre existiu.<sup>165</sup> A possibilidade de participação dessas instituições no processo deveu-se à alteração legislativa da Lei nº 9.868, de 1999, que regulamenta o julgamento das ações de controle concentrado no STF. No regime anterior, o debate constitucional estava restrito ao proponente da ação e aos agentes públicos designados pela Constituição – advogado-geral da União, procurador-geral da República e representante da entidade da qual emanou o ato normativo.

A garantia do *amicus curiae* no controle constitucional está no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999.<sup>166</sup> Para a admissão, são dois os critérios: a relevância da matéria e a representatividade adequada de quem postula. A partir da mudança legislativa, o STF deu amplo espaço à figura do amigo da corte, ao lhe conferir a prerrogativa de realizar sustentação oral. “A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo adjetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte”, decidiu por unanimidade o Tribunal.<sup>167</sup> A intervenção processual democratiza o debate constitucional. Na visão do Tribunal, a pluralidade de instituições confere aos julgadores maior espaço interpretativo para decidir com base em quaisquer perspectivas que lhes tenham sido

---

<sup>165</sup> As primeiras previsões legais de *amicus curiae* surgiram em âmbito administrativo e desatreladas da ideia de democratização da interpretação jurídica. Em princípio, havia *amicus curiae* na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – art. 31, da Lei nº 6.385/1976 – e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – art. 89, Lei nº 8.884/1994.

<sup>166</sup> Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>167</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na ADI 2130-MC*, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000.

apresentadas.<sup>168</sup> Por essa perspectiva, a participação de terceiros no julgamento é efetiva, ainda que não sejam levadas em conta as razões por eles sustentadas.<sup>169</sup>

Embora a institucionalização do *amicus curiae* tenha como marco a Lei nº 9.868/1999, André Gontijo e Christine Peter indicam os fundamentos constitucionais da participação plural no controle abstrato.<sup>170</sup> Da interpretação dos direitos fundamentais processuais combinados às liberdades do pensamento, os autores extraem a origem da ampliação dos sujeitos relevantes da jurisdição constitucional.<sup>171</sup> No campo dogmático da teoria da constituição, a intervenção popular na interpretação constitucional é a premissa de Peter Häberle.<sup>172</sup> O processo constitucional adequado às sociedades contemporâneas inclui a participação democrática de outros intérpretes, que não os juízes; aqueles que se submetem à Constituição, interpretam-na. É essa, em síntese, a tese difundida por Häberle, em “A Sociedade aberta dos Intérpretes da Constituição”, publicada pela primeira vez em 1975, cuja tradução brasileira foi contemporânea

---

<sup>168</sup> O ministro Gilmar Mendes ponderou sobre as consequências da pluralização do debate constitucional a partir de elementos de informação juntados ao processo pelos terceiros: “Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional lançar mão de quaisquer das perspectivas disponíveis para a apreciação da legitimidade e um determinado ato questionado.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão monocrática na ADIn 3.494*, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.02.2006.

<sup>169</sup> A análise do impacto de *amicus curiae* no processo decisório não é simples. Em geral, a participação de terceiros nas ações de controle concentrado é ineficaz e contribui pouco para a deliberação dos julgadores. É o que observa Thiago Sombra, ao estudar a influência das audiências públicas no STF: “as audiências públicas se revelaram até este estágio inicial do estudo de casos escolhidos um instrumento cuja função deliberativa está abaixo do potencial de qualidade e legitimidade democrática esperada”. O Supremo Tribunal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, jan./abr., 2017, p. 267. Discordando em parte de Sombra, Virgílio Afonso da Silva indica que o elemento da legitimidade democrática é aproveitado ao máximo pelo Tribunal, ainda que incerto o impacto decisório. O autor sugere que o *marketing* positivo da ampla participação de terceiros no processo constitucional é corroborado pela Corte: “o próprio STF tem plena ciência de que, independentemente de resultados mensuráveis, sua legitimidade perante a sociedade civil pode ser robustecida pelo simples fato de os *amici curiae* poderem enviar suas contribuições e fazer sustentações orais, e de audiências públicas serem realizadas com frequência”. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 607.

<sup>170</sup> GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter. “O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 64, jul./set., 2008, p. 35-87. Para os autores, a intervenção de terceiros no controle de constitucionalidade é respaldada pela Constituição: “Os fundamentos constitucionais do *amicus curiae* podem ser observados em relevantes preceitos normativos da Constituição, como a cidadania (art. 1.º, II, da CF/1988), o pluralismo político (art. 1.º, V, da CF/1988), o exercício dos poderes constitucionais diretamente pelo povo (art. 1.º, parágrafo único, CF/1988), a livre manifestação do pensamento (art. 5.º, IV, da CF/1988), o direito à livre convicção política e/ou filosófica (art. 5.º, VIII, da CF/1988), ao acesso à informação (art. 5.º, XIV, da CF/1988), ao devido processo legal (art. 5.º, LIV, da CF/1988), e a representação da legitimidade ativa na propositura de ações constitucionais (art. 1.º, parágrafo único, CF/1988 c/c o art. 103 da CF/1988), todos com os sentidos concatenados por meio do princípio da Unidade da Constituição.”

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

à apresentação do Projeto de Lei nº 2.960/1997 – que mais tarde se tornaria a Lei nº 9.868/1999.<sup>173</sup>

A teoria da “sociedade aberta” parte de dois problemas. O primeiro sobre a finalidade da interpretação constitucional e o segundo relacionado aos seus procedimentos.<sup>174</sup> A premissa de que parte o autor é a da coexistência entre Constituição e realidade constitucional. Esses dois fatores não encontram eco na interpretação constitucional típica de uma “sociedade fechada” –<sup>175</sup> isto é, que confere aos juízes e aos procedimentos formais o protagonismo na interpretação. A tese de Häberle expande os intérpretes constitucionais sem estabelecer entre eles qualquer hierarquia. O ato de atribuir significado à Constituição é, na visão de Häberle, contingencial à vida na sociedade moderna e plural. É o sentido da formulação: “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelos menos por co-interpretá-la”.<sup>176</sup> Em princípio, todas as pessoas – físicas e jurídicas – de uma sociedade interpretam a Constituição.<sup>177</sup> Significa superar a interpretação constitucional como ato formal, “consciente e intencional”,<sup>178</sup> cujo objeto se limita à norma positivada.

Nessa conformação, a jurisdição constitucional dá a última palavra sobre o significado da Constituição não mais em razão do monopólio da interpretação, mas diante do “papel co-interpretativo”.<sup>179</sup> Canotilho, interpretando a teoria häberliana, indica a tese principal: “a constituição é ela mesmo um processo”.<sup>180</sup> A combinação das teorias constitucional e

---

<sup>173</sup> A observação da contemporaneidade dos acontecimentos é de Inocêncio Mártires Coelho, que anota a *íntima relação* entre os fatos. COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, ano 35, jan./mar., 1998, p. 157.

<sup>174</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>175</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 13.

<sup>177</sup> Häberle afirma: “A interpretação constitucional é, todavia, uma “atividade” que, potencialmente, diz respeito a todos.” Com isso, não se ignoram as posições mais diretamente relacionadas à interpretação constitucional dos parlamentares e dos juízes. Para o autor, os legisladores encarregam-se da interpretação constitucional antecipada, que mais tarde pode virar critério para nortear a interpretação das normas. HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 24. Virgílio Afonso da Silva anota que os debates legislativos no processo de criação da norma induzem o viés interpretativo e, por isso, ganham destaque como o material da interpretação genética ou histórica. Diz o autor: “o material legislativo produzido quando da elaboração de uma lei (ou de uma constituição), como os debates em comissões e plenário, os pareceres, entre outros, devem ser levados em consideração quando da atribuição de sentido a um dispositivo legal (ou constitucional).” Esse método interpretativo é lembrado por Karl Larenz como resultado da “teoria subjetivista”, em voga no século XIX. O caráter subjetivista evidenciava a busca pela vontade histórica e psicológica do legislador como método da interpretação da norma. Logo surgem as críticas à perspectiva histórica, dentre as quais a principal é a assunção de que a figura do legislador não existe. O que existe é, em regra, uma assembleia em cujas decisões colegiadas não necessariamente pressupõe razões unânimes. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência* – p. 445-450; 462-469.

<sup>178</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 14.

<sup>179</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>180</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1994, p. 91.

democrática transforma a interpretação constitucional em um espaço aberto, público e plural. Ao processo interpretativo, Häberle introduz o conceito sociológico de “ciência da experiência”,<sup>181</sup> como forma de suprir a lacuna da realidade. Os intérpretes não-convencionais, ou seja, além dos agentes estatais, devem poder compor os julgamentos das cortes constitucionais.<sup>182</sup> Mas, anota o autor, opinião pública igualmente funciona como intérprete constitucional. É o caso da imprensa e de organizações comunitárias, por exemplo.<sup>183</sup>

A pluralidade dos atores interpretativos poderia resultar em uma excessiva dispersão de interpretações – ou, numa guerra de todos contra todos (*bellum omniun contra omnes*). A essa crítica, Häberle assume a “vinculação limitada”<sup>184</sup> correspondente à interpretação de grupos não-institucionalizados, o que evita a desordem pela falta de unidade da Constituição. A restrita legitimação das leituras constitucionais afastadas dos procedimentos formais, no entanto, não é obstáculo à abertura da interpretação constitucional. Até porque a legitimação da interpretação formalizada é tanto maior quanto mais plural for o debate sobre o significado das leis. Se a Constituição pretende regular o espaço público – listando direitos fundamentais e suas limitações –, então “não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos”.<sup>185</sup> A realidade como elemento essencial à leitura adequada da Constituição exige que o povo, os sujeitos submetidos à Constituição, participe do processo interpretativo formalizado, ainda que de forma mediada.<sup>186</sup>

As formas de ampliação do debate constitucional, em Häberle, acompanham o estudo das suas consequências.<sup>187</sup> A primeira delas é a de aumentar a deferência do judicial em relação

---

<sup>181</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 19-20.

<sup>182</sup> No contexto alemão, Häberle inclui a esse grupo os “pareceristas ou *experts*, tal como se verifica nas Comissões Especiais de Estudos ou de Investigação (§73, do Regimento Interno do Parlamento Federal)”, assim como os “peritos e representantes de interesses nas audiências públicas do Parlamento (§73, nº 3, do Regimento Interno do Parlamento Federal alemã), peritos nos Tribunais, associações, partidos políticos (frações parlamentares), que atuam, sobretudo, mediante a ‘*longa manus*’ da eleição de juízes” e, por último, lembra dos “grupos de pressão organizados (§10, do Regimento Interno do Governo Federal”. *Op. Cit.*, p. 21-22. O autor observa, diante disso, que o processo constitucional deve receber sujeitos não-institucionais já participantes nas outras esferas de poder.

<sup>183</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 22-23.

<sup>184</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>185</sup> *Idem*, p. 33.

<sup>186</sup> A relação entre teoria constitucional e teoria democrática produz ideias novas a respeito dos mecanismos de participação popular na interpretação constitucional. A ideia de eleição dos juízes constitucionais, como ocorre na Bolívia, é uma forma de pensar a junção entre democracia participativa e o poder sobre o significado da Constituição. A representatividade democrática, em vez do voto popular, pode se alinhar ao discurso. Häberle assinala que a legitimidade democrática do processo formal depende menos de uma participação quantitativa do que qualitativa. Afinal, a participação do povo pode ocorrer de forma mediata, com a participação de organizações representativas. A respeito disso, Häberle afirma: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.” HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>187</sup> HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 41 e seguintes.

ao legislativo, já que o exercício do juiz constitucional é interpretar a interpretação.<sup>188</sup> A segunda é a alteração da estrutura do processo constitucional, cuja arquitetura democrática requer a ampliação do que Häberle chama de “instrumentos de informação dos juízes constitucionais”.<sup>189</sup> Dentre os instrumentos estão as audiências e as intervenções, ambos garantidores da promoção de agentes não-corporativos a sujeitos processuais.<sup>190</sup> À corte constitucional, conseqüentemente, incumbe a tarefa de aglutinar as tantas interpretações.

A teoria häberliana enfrenta justas críticas.<sup>191</sup> Não se pode negar, contudo, a influência das ideias de Häberle nos países cuja jurisdição constitucional se fortaleceu a partir dos anos 1950, em especial na América Latina. Gilmar Mendes e André Rufino observam a penetração da teoria de Häberle na jurisprudência do STF.<sup>192</sup> Destacam a figura do *amicus curie*, que “confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos”.<sup>193</sup>

### **III.c.ii Os *amici curiae* na ADO nº 26: a disputa da interpretação constitucional.**

Assim que protocolada a ADO 26, entidades da sociedade civil requereram a admissão no processo na qualidade de *amicus curiae*. Foram, no total, 12 (doze) pedidos de intervenção processual. Dentre eles, o Ministro Relator Celso de Mello admitiu 11 (onze) entidades – Grupo Gay da Bahia – GGB; Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADvS; Associação

---

<sup>188</sup> A pluralidade de intérpretes constitucionais não-corporativos confere legitimidade à norma, sobretudo àquelas tidas por polêmicas. A controvérsia sobre a lei indica que houve intenso debate e, possivelmente, ampla participação pública no seu processo de criação. Häberle sugere, nesses casos, o *self-restraint* das cortes constitucionais: “Essas leis provocam discussões permanentes e são aprovadas com a participação e sob o controle rigoroso da opinião pública pluralista. Ao examinar essas leis, a Corte Constitucional deveria levar em conta a peculiar legitimação democrática que as orna, decorrente da participação de inúmeros segmentos no processo democrático de interpretação constitucional.” *Idem*, p. 45.

<sup>189</sup> *Idem*, p. 46-47.

<sup>190</sup> *Idem*, p. 47 e seguintes.

<sup>191</sup> A principal crítica concentra-se na falta de normatividade da teoria. O pluralismo interpretativo é metodologia que, do ponto de vista normativo, contradiz a própria ideia de poder constituinte e de legitimidade de aplicação do direito. Canotilho explicita: “(...) a teoria da constituição como «processo público» corre o risco de, na sua unilateral «processualização» e «dinamização», acabar num positivismo sociológico. É difícil, na perspectiva häberliana, vislumbrar onde termina a «realidade constitucional» e surgem as «realidades inconstitucionais».”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 98.

<sup>192</sup> VALE, André Rufino de; MENDES, Gilmar Ferreira. O Pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito Público*, [S. l.], v. 6, n. 28, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1615>. Os professores destacam a penetração das teorias de Häberle na América Latina. A arquitetura constitucional aberta a intérpretes plurais faz parte “de um direito constitucional comum latino-americano”. *Idem*, p. 72.

<sup>193</sup> *Idem*, p. 76.

Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida; Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; Conselho Federal de Psicologia; Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; Associação Nacional de Travestis e Transsexuais – ANTRA; e Defensoria Pública do Distrito Federal – DPDF. A única a ter o pedido indeferido foi a Associação Eduardo Banks (Antiga e Iluminada Sociedade Banksiana). Segundo o relator, a associação não apresentou “representatividade adequada”.<sup>194</sup> Em síntese, decidiu que não estavam presentes os requisitos do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999.<sup>195</sup>

Os *amici curiae* apresentaram tanto argumentos contrários quanto favoráveis às teses da petição inicial. Dividem-se em três grupos: instituições públicas, conselhos profissionais e associações sem fins lucrativos. Esse terceiro conta com associações de diferentes vertentes; de um lado, aquelas com objetivo institucional especificamente ligado à promoção de direitos da população LGBTQIA+ e, de outro, as associações cuja atuação está concentrada na defesa da liberdade religiosa. A disputa pela interpretação constitucional envolveu, especificamente, dois movimentos sociais – o movimento LGBTQIA+ e o movimento religioso.

No Brasil, a história dos movimentos sociais foi protagonizada por pautas proletárias.<sup>196</sup> A partir de 1980, surgiram os novos movimentos sociais, centrados principalmente na busca pela igualdade e pela sustentabilidade, dos quais é exemplo o movimento LGBTQIA+.<sup>197</sup> O marco de evidência desses grupos políticos foi a redemocratização, que possibilitou a participação popular até mesmo na Constituinte de 1987-1988.<sup>198</sup> A institucionalização dos

---

<sup>194</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. *Decisão monocrática*. Publicada em 02.06.2014.

<sup>195</sup> Art. 7º (...). §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

<sup>196</sup> Até a década de 1980, a maioria dos movimentos sociais relacionava-se às demandas de trabalhadores urbanos e rurais. Estavam entre os principais também movimentos religiosos populares, como os messiânicos. Cf. KAUCHAKJE, Samira. “Solidariedade política e constituição de sujeitos: a atualidade dos movimentos sociais”. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 3, set./dez., 2008, p. 676.

<sup>197</sup> *Ibidem*. Samira Kauchakje lista exemplos de movimentos pela igualdade, como movimentos por liberdade sexual, feminista, negro, de pessoas com deficiência, contra a xenofobia; já dentre os movimentos sustentáveis, a autora destaca o pacifismo e ambientalismo.

<sup>198</sup> Carlos Michiles *et al* demonstram que a participação popular durante a Assembleia Constituinte ensejou a submissão de inúmeras emendas populares. As proposições partiam de insatisfação com a composição do Congresso Constituinte, cujos representantes não supriam as demandas sociais. “Tornava-se, então, extremamente importante lançar-se na batalha do regimento interno, para assegurar uma real participação popular nos trabalhos da Constituinte, num esforço consistente para conjugar o risco que o Congresso tem corrido, desde os tempos do arbítrio, de se isolar e deixar de exprimir os anseios nacionais”. MICHILES, Carlos *et al*. *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, p. 54.

movimentos sociais, mediante a criação de partidos políticos, cria uma nova dinâmica na relação entre sociedade civil e política.<sup>199</sup> O movimento LGBTQIA+ não apresenta uma pauta única, tampouco uníssona.<sup>200</sup> De forma genérica, há duas reivindicações principais, semelhantes às do movimento feminista – tornar públicas questões privadas e vice-versa.<sup>201</sup> No Brasil, Regina Facchini registra três ondas na história do movimento.<sup>202</sup> A 1ª onda inicia-se ao final da ditadura militar, com pouca articulação organizada por pequenos grupos clandestinos. A 2ª onda caracteriza-se pela redemocratização, que levou o movimento à luta de direitos na Assembleia Constituinte, mas também pela epidemia de HIV/AIDS. A 3ª onda é marcada pela institucionalização do movimento, em espaços privados e públicos.

No caso da ADO 26, a provocação do Judiciário só foi possível porque o PPS patrocinou a demanda do movimento LGBTQIA+ por proteção penal. Além de atuar como agente de propagação das ideias, o ajuizamento de ações constitucionais é talvez a forma mais direta de “manifestar sua compreensão do direito à luz da Constituição”.<sup>203</sup> Historicamente, a esfera judicial é a de mais ganhos significativos do movimento LGBTQIA+. Para ANDERSEN, a participação de associações defensoras dos direitos LGBTQIA+ como *amici curie* compõe uma dimensão de *legal opportunity structure* do movimento social.<sup>204</sup> Juliana Gomes observa que a estratégia do ajuizamento de ações judiciais para garantia de direitos sociais teve início em 1990, com pedidos para distribuição gratuita de remédios para AIDS.<sup>205</sup> O reconhecimento da

---

<sup>199</sup> Para Juliana Gomes, o marco da institucionalização dos movimentos sociais é a criação do Partido dos Trabalhadores (PT). A transformação do movimento operário em partido político concedeu acesso a ambientes formais e a posições garantidas para instituições institucionalizadas. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPosdivm, 2020, p. 82-83.

<sup>200</sup> O movimento LGBTQIA+, figurativamente, assemelha-se a um guarda-chuva. A analogia é de Daniel Cardinali, que enfatiza a natureza das pautas plurais abarcadas pelo movimento social, em razão das suas várias letras. CARDINALI, Daniel Carvalho. *Op. Cit.*, p. 11 e seguintes. As diferentes e específicas necessidades dos públicos abrangidos pelo movimento geram, invariavelmente, desacordos internos a respeito das estratégias políticas. GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>201</sup> Vera Lúcia Marques e Paulo D’Ávila percebem que, como o feminismo, o movimento LGBTQIA+ “traz para o debate categorias como o privado e o público, politizando a subjetividade e questionando a formação das identidades sexuais e de gênero”. MARQUES, Vera Lúcia; D’ÁVILA, Paulo. “O movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 3, 2010, p. 84. Cardinali, comentando o mesmo aspecto, observa que se trata da politização do cotidiano e da publicização do privado. CARDINALI, Daniel Carvalho. *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>202</sup> FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. São Paulo: Garamond Universitária, 2005.

<sup>203</sup> *Idem*, p. 86.

<sup>204</sup> Ellen Ann Andersen atribui às associações em prol dos direitos LGBTQIA+ a posição de aliadas (*allies*). A presença dessas associações aliadas em demandas estratégicas contribui para a credibilidade dos argumentos jurídicos. Os outros dois aspectos da *legal opportunity structure* são o acesso à justiça e a configuração de poder. ANDERSON, Ellen Ann. *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. University of Michigan Press, 2005, p. 13 e seguintes.

<sup>205</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Op. Cit.*, p. 130.

constitucionalidade das uniões homoafetivas abriu espaço para outras pautas do movimento que levam em consideração o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88). A decisão paradigmática possibilitou avanços significativos na jurisprudência constitucional relativa aos direitos das pessoas trans.<sup>206</sup>

Por outro lado, a demanda judicial ocorreu por uma decisão legislativa – a de não criminalizar a homofobia/transfobia – influenciada por representantes do movimento religioso. Para Juliana Gomes, o principal problema do movimento LGBTQIA+ na arena política tem relação com o “contramovimento conservador de fundo religioso que tem tido historicamente sua maior projeção por meio do Poder Legislativo”.<sup>207</sup>

De fato, o aspecto moderno das religiões, na esfera pública, em sua maioria se traduz na política partidária.<sup>208</sup> Ainda no século XX, havia a Liga Eleitoral Católica, criada em 1932, para revelar os candidatos benquistos pelas autoridades religiosas. Acompanhando as mudanças na composição religiosa brasileira, as últimas décadas assistiram ao surgimento de representantes políticos evangélicos. Entre 1980 e 2010, a proporção de evangélicos no Brasil passou de 6,6% para 22,2%. São mais de 40 milhões de pessoas, das quais a maioria alinha-se ao pentecostalismo.<sup>209</sup>

Já nos anos de 1980, no início da ascensão do protestantismo no Brasil, a alteração na composição política sugeria a força das candidaturas evangélicas. Para Pierucci, o envolvimento protestante na política contradiz o histórico religioso de distanciamento da

---

<sup>206</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Op. Cit.*, p. 134. Juliana Gomes e Ligia Fabris refletem que os direitos fundamentais intrínsecos à identidade de gênero dependeram, antes, do reconhecimento das garantias relacionadas à orientação sexual. Discussões em torno da legitimidade do casamento civil de pessoas de mesmo sexo viabilizaram a apresentação de outras pautas do movimento LGBTQIA+, como os direitos de pessoas trans. CAMPOS, Ligia Fabris; GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Pessoas trans: o mundo mudou e o Supremo também. Jota*. 01.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/pessoas-trans-o-mundo-mudou-e-o-supremo-tambem-01032018>.

<sup>207</sup> GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>208</sup> A inserção de representantes religiosos na política partidária deixa a noção de que a expressão da religião se limita à intimidade e à privacidade de pequenos grupos. No jogo político, as pautas pretendem universalizar valores da moral religiosa. É o que observa Reginaldo Prandi, comentando especificamente sobre o pentecostalismo na política: “Esta publicidade na política tem, evidentemente, o fim de trazer para a esfera pública a defesa de, e o interesse em fazer obrigatórios para todos, princípios morais do grupo (...)” PRANDI, Reginaldo. *As religiões, a cidade e o mundo*. In: PIERUCCI, Antônio F.; PRANDI, Reginaldo. *A realidade social das religiões no Brasil: religião, sociedade e política*. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 30.

<sup>209</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012; *CENSO 2010*. “Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião”. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?id=3&idnoticia=2170&view=noticia#:~:text=Em%20paralelo%2C%20consolidou%2Dse%20o,8%20%25%2C%20evang%C3%A9licos%20n%C3%A3o%20determinados..>

militância política.<sup>210</sup> A politização evangélica se inicia com inclinação conservadora, ligada à direita política de base popular.<sup>211</sup> À parte as semelhanças religiosa e ideológica do grupo, os candidatos representavam diferentes partidos.<sup>212</sup> A eleição para a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) resultou em 33 deputados evangélicos, em sua maioria com viés ideológico conservador.<sup>213</sup> O número expressivo surpreendeu o então presidente José Sarney: “a novidade dessa Constituinte é a presença maciça de uma representação evangélica”.<sup>214</sup>

Machado explica que a lógica protestante baseada na Teologia da Prosperidade contribuiu para alterar as expectativas de vida desse grupo religioso, o que mudou o viés do voto evangélico.<sup>215</sup> Além disso, a estrutura institucional – com líderes carismáticos – consolidou o alinhamento religioso e político e, segundo Machado, a “capacidade de transferirem suas influências da esfera religiosa para a esfera política”.<sup>216</sup> O resultado deve-se à ideia de que “crente vota em crente”,<sup>217</sup> iniciada antes mesmo das efetivas candidaturas evangélicas popularizarem-se.

O embate entre os movimentos progressista e religioso não é novidade. Notabilizou-se durante a Constituinte de 1987-1988, quando se discutiu a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual. João Antônio de Souza Mascarenhas, à época grupo Triângulo Rosa, foi o único representante do movimento LGBTQIA+ a discursar durante a

---

<sup>210</sup> Antônio Pierucci identificou pela primeira vez a militância política evangélica durante o estudo do movimento da direita política na Assembleia Constituinte de 1987-1988. O autor sugere que o momento constituinte aparecia, às lideranças evangélicas principalmente, como meio para consagrar – e universalizar – seus ideais religiosos. “Durante muito tempo sustentando suas crenças longe da arena política, pretendiam, agora, que seus pontos de vista religiosos, minoritários em um país de tradição católica e de reconhecido pluralismo confessional, tivessem sua normatividade imposta, pela Constituição, a todos os brasileiros.” PIERUCCI, Antônio F. “Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na constituinte”. In: PIERUCCI, Antônio F.; PRANDI, Reginaldo. *A realidade social das religiões no Brasil: religião, sociedade e política*. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 164.

<sup>211</sup> Pierucci esclarece que os políticos ligados à religião fazem questão de tornar pública a inclinação conservadora – “eles não são conservadores sem o dizerem”. Essa ideologia refere-se a pautas tradicionais, reestruturantes da moral religiosa, sobretudo ligadas à cultura. PIERUCCI, Antônio F. “Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na constituinte”. *Op. Cit.*, p. 177-180.

<sup>212</sup> Comentando o histórico político da Igreja Universal do Reino de Deus, Ari Pedro Oro observa a estratégia de apoiar candidatos de diferentes partidos, “para alcançar melhor poder de barganha política”. Embora haja partidos políticos com pautas cristãs, os representantes religiosos não são sua exclusividade. Pelo contrário, pulverizam-se por diferentes grupos, distribuindo-se inclusive nos partidos de “esquerda”. ORO, Ari Pedro. “A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, nº 53, outubro, 2013, p. 54-55.

<sup>213</sup> PIERUCCI, Antônio F. “Representantes de Deus em Brasília: a bancada evangélica na constituinte”. *Op. Cit.*, p. 164.

<sup>214</sup> BRAGA, Teodomiro. A Constituição segundo os evangélicos. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, n. 121, p. 4-6, 7 ago. 1988.

<sup>215</sup> MACHADO, Maria das Dores Campos. “Religião, cultura e política”. *Religião e Sociedade*, v. 32, Rio de Janeiro, 2012, p. 29-56.

<sup>216</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>217</sup> Ainda atual e popular, o lema aparece em livro cujo título apresenta teor análogo: “Irmão vota em irmão”, de Josué Sylvestre, publicado em 1986.

Constituinte, em 30 de abril de 1987. A manifestação apresentou objetivo claro: “a expressa proibição de discriminação por orientação sexual”.<sup>218</sup> Pouco tempo após o discurso, deputados evangélicos organizaram-se contra a proteção das orientações sexuais no texto constitucional.<sup>219</sup> Justificavam o posicionamento referindo-se ao caráter representativo do mandato: “os [deputados] evangélicos não querem que os homossexuais tenham ‘igualdade de direitos’ porque ‘a maioria da sociedade não quer’”, registrou o jornal Folha de São Paulo.<sup>220</sup>

A oposição ideológica não foi diferente das manifestações nos autos da ADO nº 26. As associações atuantes na proteção de direitos da população LGBTQIA+ manifestaram-se pela procedência dos pedidos, assim como o fizeram o grupo das instituições públicas – esse, formado pelo partido político PSTU e pela DPDF. O Conselho Federal de Psicologia, único conselho profissional, corroborou os argumentos do requerente. Apesar da divergência interna quanto à necessidade e a forma de criminalização, os representantes do movimento LGBTQIA+ apresentaram razões semelhantes.<sup>221</sup> Ao todo, houve 8 (oito) manifestações favoráveis à criminalização, na forma requerida pelo PPS.

Em geral, esses *amici curiae* reforçavam os argumentos já apresentados na petição inicial. As inovações ficaram a cargo, principalmente, do GGB e da ANTRA, em cujos requerimentos de ingresso constavam dados consolidados a respeito da violência contra a população LGBTQIA+. O GGB apresentou os dados do Relatório sobre violência homofóbica no Brasil dos anos de 2011 e 2012, além de levantamento nacional sobre homofobia, realizado pela Fundação Perseu Abramo. A ANTRA anexou dados de violência homofóbica/transfóbica

---

<sup>218</sup> BRASIL. Senado Federal. *Anais da Assembleia Constituinte (Atas de Comissões)*. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 12ª Reunião em 30 de abril de 1987. Brasília: Congresso Nacional, 1987. À época, o movimento LGBTQIA+ aparecia, sobretudo, vinculado a representantes gays; mulheres – bissexuais, lésbicas e transexuais – dificilmente tomavam o espaço de porta-voz do movimento. Isso explica por que o discurso se centrava na discriminação em razão da orientação sexual, sem abranger também preconceitos direcionados à identidade de gênero. Cf. LELIS, Rafael Carrano; OLIVEIRA, Adriana Vidal. “Inclusão excludente: limitações da incidência política na luta pela inclusão da orientação sexual na Assembleia Nacional Constituinte”. *Revista de Direito Público*, n. 97, Brasília, 2021, p. 765 e seguintes.

<sup>219</sup> Compunham a bancada evangélica da Constituinte, alinhados a pautas conservadoras, os deputados: João de Deus – PDT-RS, Daso Coimbra – PMDB-RJ, Orlando Pacheco – PFL-SC, Milton Barbosa – PMDB-BA, José Fernandes – PDT-AM, Costa Ferreira – PFL-MA, Enoque Vieira – PFL-MA, Gidel Dantas – PMDB-CE e Elyei Rodrigues – PMDB-PA.

<sup>220</sup> SOBREIRA, Geraldo. Discriminação a homossexuais gera polêmica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 de junho de 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/129693/junho87%20-%200419.pdf?sequence=1>.

<sup>221</sup> Para lembrar a dissonância intrínseca ao movimento LGBTQIA+ em relação à criminalização de condutas discriminatórias, ver tópico II.

no Disque Direitos Humanos, que “registrou 2.353 violações homofóbicas em 2011, 6.136 em 2012 e 3.398 em 2013”.

Manifestaram-se pela improcedência da ação todos os *amicii curiae* defensores da liberdade religiosa – ANAJURE, Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida e COBIM. Todos apresentaram argumentos similares. Alegaram a violação ao princípio da legalidade e à reserva legal penal, assim como a mitigação das liberdades do pensamento. A ANAJURE disse não haver definição do que sejam homofobia e transfobia, o que levaria a uma extensão indevida da liberdade religiosa.

Na mesma linha, a Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida sugeriu que a criminalização de preconceitos em razão da orientação sexual e do gênero consiste no indevido uso do direito penal para solução de questões ideológicas. Quando ao pedido de indenização, a associação alegou ser impossível a responsabilização dos parlamentares, considerando a inviolabilidade material. Já a COBIM alegou haver imposição da vontade da minoria sob a maioria. As três associações, à sua maneira, apresentaram a mesma questão: a ADO 26 criminaliza o discurso religioso segundo o qual “práticas homossexuais” são consideradas desviantes e – adotando a linguagem cristã – pecaminosas?

### III.d A decisão

Após a leitura do relatório e a superação dos danos morais em razão da omissão legislativa,<sup>222</sup> o ministro Celso de Mello inaugurou o voto com “brevíssima constatação”.<sup>223</sup> O relator referiu-se à função contramajoritária do Tribunal, elevando-a ao que havia de mais importante naquele julgamento.<sup>224</sup> Logo no início, afirmou que a minoria social é absolutamente vulnerável – situação que se agrava com a falta de políticas públicas antidiscriminatórias.<sup>225</sup>

A definição de identidade de gênero ficou firmada nestes termos: “o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino”.<sup>226</sup> A sexualidade, de modo semelhante, é atrelada à privacidade e à intimidade.<sup>227</sup>

---

<sup>222</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. *Acórdão*, publicado em 06.10.2020, p. 31-35.

<sup>223</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>224</sup> *Ibidem*.

<sup>225</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 44.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 44-45.

Há referência aos princípios de Yogyakarta, “que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana”,<sup>228</sup> incluídos os aspectos privados da orientação sexual e da identidade de gênero. O relator denuncia a “visão de mundo” limitada em relação às questões de gênero propagada, principalmente, por grupos religiosos.<sup>229</sup> Para referir-se à importância da definição do gênero como elemento constitutivo da personalidade, o voto menciona julgados da Corte que declararam inconstitucionais leis municipais que proibiam referências à “ideologia de gênero” em ambiente escolar.<sup>230</sup> São lembrados também os casos paradigmáticos, em que o STF especificamente reconheceu direitos da minoria social – a união civil homoafetiva e a alteração do prenome independente de cirurgia de transgenitalização.<sup>231</sup> Houve alusão ao direito internacional, em especial à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).<sup>232</sup>

Há extensa fundamentação sobre o princípio da legalidade, que inviabilizaria a tipificação penal pelo STF. “Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal” – é a premissa de que parte o relator.<sup>233</sup> Disso se extrai a conclusão de que há exclusividade do legislador, e não preferência, quando se trata da lei penal;<sup>234</sup> nessa linha, o entendimento do relator diverge dos fundamentos do pedido.<sup>235</sup>

O relator dedica um tópico para a história do preconceito vivenciado por homossexuais no Brasil.<sup>236</sup> Apresenta detalhado relato das normas coloniais repressoras, aplicadas à orientação sexual desviante da norma. Para o relator, o Brasil internalizou as leis portuguesas e instituiu “reação hostil ao comportamento homossexual”.<sup>237</sup> Apesar da mudança normativa, o voto inaugural passa a impressão de que não houve significativo avanço para conter a violência contra a comunidade LGBTQIA+.<sup>238</sup> A decisão internaliza o conceito de “banalidade do mal homofóbico e transfóbico”, apresentado na petição inicial. Nessa parte, evidenciam-se as manifestações dos *amici curiae*, que tiveram o importante papel de apresentar os dados de violência em razão da discriminação – principalmente, a partir dos números consolidados pelo

---

<sup>228</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>229</sup> *Idem*, p. 49-50.

<sup>230</sup> *Idem*, p. 52.

<sup>231</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 55-56.

<sup>233</sup> *Idem*, p. 62.

<sup>234</sup> *Idem*, p. 63.

<sup>235</sup> Para lembrar, ver tópico III.b.

<sup>236</sup> *Idem*, p. 64 e seguintes.

<sup>237</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>238</sup> *Idem*, p. 71 e seguintes.

GGB.<sup>239</sup> Com o mesmo intuito, cita notícias da imprensa relacionadas a crimes com caráter discriminatório.<sup>240</sup> Ainda no tema violência, o ministro destacou a vulnerabilidade de transexuais, “os mais vitimados por atos de violência motivados pelo preconceito”.<sup>241</sup>

Aspecto importante no julgamento da ADO é definir se há omissão inconstitucional. O ponto de partida é de que o caso expõe “omissão abusiva” por parte do Legislativo, o que autoriza a atuação judicial.<sup>242</sup> Aderiu os fundamentos do requerente quanto aos mandados constitucionais de criminalização – art. 5º, XLI e XLII, CF/88.<sup>243</sup> As informações prestadas pelas Casas Legislativas quanto à ausência de omissão, pela multiplicidade de propostas, não influenciaram a conclusão do relator.<sup>244</sup> Especificamente sobre o PLC nº 122/2006, argumentou:

“[O PLC nº 122/2006] sofreu a oposição de parlamentares, contrários ao adimplemento das já referidas cláusulas constitucionais de incriminação, da homofobia e da transfobia, circunstância essa que os levou, em clara manobra protelatória, destinada a frustrar a tramitação legislativa do projeto de lei que tipificava crimes contra a comunidade LGBT, a aprovar o Requerimento nº 1.443/2013, do Senador Eduardo Lopes, que importou na anexação do projeto em questão (PL da Câmara nº 122/2006) ao de instituição do Novo Código Penal brasileiro (PL do Senado nº 236/2012), criando, desse modo, evidente embaraço e retardamento na apreciação do projeto apresentado pela Deputada Federal Iara Bernardi (PLC nº 5.003/2001 que se converteu, no Senado, no PL nº 122/2006).

O teor das informações oficiais produzidas nestes autos pelo Presidente do Senado Federal revela que o Projeto da Câmara 122/2006, que se acha, atualmente, anexado ao projeto do novo Código Penal brasileiro (PL nº 236/2012), não obstante transcorridos mais de dezessete (17) anos desde a sua proposição, sequer teve concluída a apreciação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, encontrando-se, até o presente momento, “sem prazo para ser votado”.<sup>245</sup>

A omissão legislativa, nesse caso, permite a intervenção judicial em defesa da autoridade da Constituição, razão por que reconhece a inércia legislativa.<sup>246</sup> Firmado o estado inconstitucional por descumprimento do mandado de criminalização, o voto se propõe a examinar o alcance do mandamento constitucional. Isto é: em que medida o legislador penal está vinculado à Constituição?<sup>247</sup> O reconhecimento da mora conduz, segundo o relator, a duas

---

<sup>239</sup> *Idem*, p. 72-73.

<sup>240</sup> *Idem*, p. 73-75.

<sup>241</sup> *Idem*, p. 75.

<sup>242</sup> *Idem*, p. 80.

<sup>243</sup> *Idem*, p. 81.

<sup>244</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>246</sup> *Idem*, p. 86-93.

<sup>247</sup> *Idem*, p. 94 e seguintes.

possibilidades decisórias: (i) cientificar o Congresso Nacional a respeito da mora, para que supra a omissão; e (ii) enquadrar, imediata e diretamente, a homofobia e a transfobia como crimes na forma da Lei nº 7.716/1989.<sup>248</sup> A postura concretista – justifica Celso de Mello – ganha espaço porque evita “um estado de crônica inconstitucionalidade”, que não seria solucionado com a mera cientificação ao legislativo.<sup>249</sup>

A legitimidade do enquadramento das condutas de homofobia e transfobia como crimes depende da distinção com a analogia *in malam partem*. Nessa altura, o voto menciona o Caso Ellwanger como precedente em que se reconheceu “a imprestabilidade do conceito de raça”.<sup>250</sup> O racismo, por essa perspectiva, se trata de ideologia discriminatória contra quaisquer grupos minoritários e abrange os preconceitos em razão da orientação sexual e de gênero.<sup>251</sup> A abertura conceitual conferida ao vocábulo ‘raça’ é o que permite, hermeneuticamente, reconhecer a aplicação da Lei nº 7.716/1989 às discriminações homossexuais/transsexuais. É, aliás, o que garante, segundo o relator, a possibilidade do enquadramento, considerando o processo hermenêutico diferente do processo legislativo.<sup>252</sup> Para Celso de Mello, a limitação do princípio da legalidade não incidiria sobre uma decisão estritamente interpretativa. Daí a conclusão:

“O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social.”<sup>253</sup>

A garantia das liberdades de expressão e de crença apareceu no voto condutor, inclusive pela vertente do prosetelismo. Segundo o relator, o ambiente democrático assegura aos religiosos “o direito de tentar convencer os outros, por meio do ensinamento, a mudar de religião”.<sup>254</sup> Em princípio, afasta-se a preocupação demonstrada pelos *amici curiae* contrários

---

<sup>248</sup> *Idem*, p. 100.

<sup>249</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>250</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>251</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>252</sup> *Idem*, p. 127-128.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>254</sup> *Idem*, p. 147.

à criminalização, mas o voto não é claro a respeito da (a)tipicidade de manifestações como – “condutas homossexuais/transexuais são pecaminosas”.<sup>255</sup>

Ao final, o ministro recupera a função contramajoritária da Corte, com viés de reparar o desequilíbrio da vontade da maioria – a regra legislativa.<sup>256</sup> A proteção de direitos da maioria, segundo o voto condutor, está na *agenda* do STF.<sup>257</sup> Nos casos em que reconhecido abuso, não se considera indevida a interferência do Judiciário nos demais poderes.<sup>258</sup> Por essa perspectiva, os juízes “exercem papel que se reveste de significativo relevo político-jurídico nas formações sociais que integram”.<sup>259</sup>

Os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia acompanham o relator tanto nos fundamentos quanto na conclusão e deram procedência à ADO. Chegando ao final do julgamento, já com a maioria formada pela procedência da ação, o ministro Luís Roberto Barroso disse: “a história reconheceu esse papel do Supremo ao nos premiar considerando aquela decisão [união homoafetiva] como um patrimônio imaterial da Humanidade. Acho que, neste caso, a história bate à porta novamente e o nosso papel é abri-la”.

A divergência iniciou-se com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, em cujas ponderações foi integralmente acompanhado pelo ministro Dias Toffoli. O ministro apresenta premissas semelhantes às da via majoritária. A vulnerabilidade do movimento LGBTQIA+ é também apontada pelos votos dissidentes – “esses grupos, por serem minoritários e, não raro, vítimas de preconceito e violência, demandam especial proteção do Estado”.<sup>260</sup> Há certa aderência ao argumento crítico quanto à maioria parlamentar, em contraponto aos direitos das minorias sociais. Lewandowski admite a judicialização como ferramenta política importante para “grupos sistematicamente excluídos”.<sup>261</sup>

Ainda, aponta a relevância simbólica da criminalização da discriminação em razão do gênero e da orientação sexual, que seria uma das fases para a mudança cultural.<sup>262</sup> Os ministros

---

<sup>255</sup> O relator não enfrenta o tema com objetividade ou muita amplitude. Sobre manifestações religiosas, a passagem mais clara é a que assegura a licitude dos ensinamentos baseados em livros sagrados. Com base nisso, não é crime a pregação religiosa que, fundamentada na Bíblia (ou em outro escrito equivalente), atribuir valor negativo às condutas homossexuais e transexuais. *Idem*, p. 154-157.

<sup>256</sup> *Idem*, p. 177.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 178-179.

<sup>258</sup> *Idem*, p. 186.

<sup>259</sup> *Ibidem*.

<sup>260</sup> *Idem*, p. 503.

<sup>261</sup> *Idem*, p. 504.

<sup>262</sup> *Idem*, p. 508.

reconhecem a mora legislativa, no entanto, não avançam à posição concretista diante da reserva legal absoluta.<sup>263</sup> Apenas nos votos da divergência aparece o Inquérito nº 3.590/DF, em que reconhecida a atipicidade da discriminação decorrente da opção sexual.<sup>264</sup> Ao final do voto, Lewandowski conclui: “a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal”.<sup>265</sup>

O ministro Marco Aurélio acompanhou, em parte, a divergência. Não reconheceu a mora inconstitucional do legislativo; considerou-a suprida pelos inúmeros projetos de lei em curso. Isso não o impediu de reconhecer a realidade violenta a que estão submetidos homossexuais e transexuais no Brasil - “cenário de barbárie incompatível com os avanços civilizatórios obtidos nas últimas décadas”.<sup>266</sup> No mérito, acompanhou os demais divergentes e alude ao princípio da legalidade e ao precedente anterior:

“(…) ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.

Há mais: operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz – em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.

A ressaltar essa óptica, quando do julgamento do inquérito nº 3.590, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de setembro de 2014, a Primeira Turma assentou, a uma só voz, a impropriedade de estender-se a interpretação dos elementos dos tipos penais contidos na Lei nº 7.716/1989 de modo a alcançarem a discriminação ou preconceito decorrente de orientação sexual.”

Para o ministro Marco Aurélio, os incisos XLI e XLII, do art. 5º, CF/88, não são mandados de criminalização, nem vinculam a atuação do legislador ordinário. Aquele utiliza a palavra *punir*, que não seria equiparável a uma ordem criminalizadora.<sup>267</sup> Ao final da última sessão, o ministro Dias Toffoli, que se alinhou à divergência, declarou: “O Supremo Tribunal Federal, em seis sessões, enfrentou este tema de tamanha importância com tristeza. Bom seria que não houvesse a necessidade de enfrentá-lo em pleno século XXI, no ano de 2019”.<sup>268</sup>

---

<sup>263</sup> *Idem*, p. 511.

<sup>264</sup> *Idem*, p. 512.

<sup>265</sup> *Idem*, p. 514.

<sup>266</sup> *Idem*, p. 548.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 556.

<sup>268</sup> *Idem*, p. 562.

## IV. Da criminalização da LGBTfobia ao direito penal simbólico

### IV.1. Contextualização

A relação entre juiz e legislador penal é particular. Na Alemanha, a decisão pela constitucionalidade do crime de incesto acabou com a discussão sobre os limites da intervenção judicial no campo da política criminal.<sup>269</sup> O Tribunal Constitucional alemão, diz Luís Greco, “acabou atribuindo ao direito penal a tarefa de manutenção e fortalecimento de convicções morais”.<sup>270</sup> No julgamento, quem liderou a divergência foi Hassemer: “o fortalecimento ou a manutenção de um consenso social sobre valores – no presente caso, sobre a proibição da conjunção carnal entre parentes – não pode, porém, ser o objetivo de uma norma penal”.<sup>271</sup>

A doutrina alemã segue caminho contrário à jurisprudência, de acordo com o conceito constitucional e político-criminal de bem jurídico. A teoria desenvolvida a partir da década de 1960 estabelece duas premissas: o direito penal protege apenas bens jurídicos concretos e o poder punitivo limita-se pelos bens jurídicos constitucionais.<sup>272</sup> Dessa forma, restringe as possibilidades de criminalização do legislador penal, que não mais estaria acobertado somente pela legitimação eleitoral.<sup>273</sup> Vincular o bem jurídico às disposições constitucionais tem outra consequência: o controle jurisdicional das escolhas legislativas ilegítimas, isto é, que

---

<sup>269</sup> BVErfGE 120, 224. Cf. GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, 2010, 165-185.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

<sup>271</sup> *Ibidem*.

<sup>272</sup> A teoria contemporânea do bem jurídico acredita que a natureza constitucional do bem jurídico lhe confere dupla função: legitimadora e limitadora. Por um lado, legitima-se o poder punitivo incidente sobre aqueles bens jurídicos com guarida constitucional. Por outro, fora dessa hipótese, limita-se a punição. Nesse sentido: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. Entre nós, Humberto Souza Santos resume bem a teoria contemporânea: “O conceito de bem jurídico deve, então, ser político-criminalmente orientado de acordo com o sistema jurídico-constitucional e harmonioso com a tarefa do direito penal de assegurar a todos os cidadãos um livre e pacífico convívio social sob a salvaguarda de todos os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados”. SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>273</sup> SANTOS, Humberto Souza. *Op. Cit.*, p. 49 e seguintes; BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. Cit.*, p. 41 e seguintes.

trasbordarem dos bens protegidos pela Constituição.<sup>274</sup> A intervenção judicial dar-se-ia, nessa hipótese, em razão do excesso do legislador.

Noutro giro, Alessandro Baratta atribui a expansão da judicialização em âmbito penal à má técnica legislativa, não raro causada “devido à fragilidade do equilíbrio das maiorias parlamentares e dos governos de coalizão”.<sup>275</sup> Disso derivaria a criação de um “direito penal jurisprudencial”, composto principalmente por decisões judiciais de cunho político, de natureza programática.<sup>276</sup> Para Baratta, os magistrados cumpririam um papel político que lhes foi atribuído indiretamente, pela falta de compromisso e de consenso entre os parlamentares. Essa delegação imprópria de competência relaciona-se, segundo o autor, com a expansão das funções simbólicas do direito penal, em detrimento das funções instrumentais.<sup>277</sup>

No Brasil, no entanto, o diagnóstico de Luís Flávio Gomes e de Luís Wanderley Gazoto não é o de falta de compromisso legislativo. Pelo contrário: para eles, “o legislador é um populista penal”.<sup>278</sup> A agenda penal é sobretudo o motor de capital político, porque atende demandas midiáticas e sociais.<sup>279</sup> Mas satisfazer o clamor social não equivale a solucionar o problema de fundo – o aumento da criminalidade e a insegurança.<sup>280</sup> Com isso concorda Rodrigo Fuziger, a quem parece problemática “a criação deliberada de leis cujo conteúdo é incapaz de representar uma mudança na realidade”.<sup>281</sup> Jesús-María Silva Sánchez decifrou a dualidade brasileira, no que diz respeito à expansão do direito penal: é produto de uma estrutura jurídica e política.<sup>282</sup> Se o legislador brasileiro utiliza as normas penais para acumular capital político, sem atentar para os efeitos concretos da lei, não é menos verdade que essa solução aparece em outras instâncias estatais.<sup>283</sup>

---

<sup>274</sup> É como aponta Ana Elisa Bechara: “Aceita a vigência material da Constituição, interessa, portanto, precisar quais são suas consequências válidas sobre o conteúdo e a função do Direito Penal ou, de forma mais específica, saber se o legislador penal pode ser obrigado constitucionalmente à criminalização de ofensas a interesses sociais considerados fundamentais.”. BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. Cit.*, p. 54.

<sup>275</sup> BARATA, Alessandro. “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, 1994, n.p.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> *Ibidem*.

<sup>278</sup> GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2020, p. 15.

<sup>279</sup> *Idem*, p. 16-19.

<sup>280</sup> *Idem*, p. 25-32.

<sup>281</sup> *Idem*, p. 48.

<sup>282</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Euros Editores, 2006, p. 6; 46-47.

<sup>283</sup> *Idem*, p. 86-87.

As leituras apresentadas têm em comum o problema do direito penal simbólico. O presente capítulo propõe-se a examinar se a criminalização da homofobia/transfobia pode ser enquadrada como exemplo de uso simbólico do direito penal. Para isso, a primeira parte explora os conceitos delineados por Marcelo Neves, em obra referência sobre normas simbólicas. Em seguida, apresenta-se a bibliografia pertinente à legislação penal, enquadrando a decisão da ADO nº 26 ao conceito de criminalização simbólica.

#### **IV.2. A legislação simbólica e a constitucionalização simbólica.**

Na Alemanha, a prática de aborto é considerada crime (§ 218 do StGB). Recentemente, houve modificações na legislação, para permitir abortos até a 12ª semana, se preenchidas as condições do §218a do StGB.<sup>284</sup> Apesar de crime, o aborto é frequentemente praticado e, na maioria dos casos, não há sanção para a gestante ou para o profissional de saúde – nem mesmo antes da alteração legislativa permissiva.<sup>285</sup> Para Erhard Blankenburg, a razão para perpetuar a criminalização, considerando a baixa eficácia da lei, é a “confirmação simbólica de pretensões normativas”.<sup>286</sup> É o exemplo claro de uma legislação simbólica: a preocupação com os efeitos instrumentais da lei é substituída pela hipertrofia da sua repercussão social e política. Em obra referência sobre o uso simbólico das leis, Marcelo Neves resume o objetivo do estudo: examinar os efeitos sociais da legislação normativamente ineficaz.<sup>287</sup>

Delimitando o conceito de “símbolo” e “simbólico” e aplicando-o à legislação, Neves distingue os significados latente e manifesto.<sup>288</sup> Na norma simbólica, o significado latente prevalece sobre o significado manifesto.<sup>289</sup> Quer dizer, na formulação de Neves, que “a atitude

---

<sup>284</sup> Atualmente, a interrupção da gravidez é permitida até a 12ª semana, se a gestante tiver recebido aconselhamento médico e se a interrupção da gravidez é adequada às condições de vida da mulher. Há outros casos que permitem o aborto, como o risco de morte ou de comprometimento grave da saúde da gestante. CITARR CÓDIGO PENAL ALEMÃO. <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>.

<sup>285</sup> BLANKENBURG apud NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 34.

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> O estudo de Marcelo Neves apresenta objeto mais restrito – “analisar os efeitos sociais da legislação constitucional normativamente ineficaz”. Para explorar o tema, no entanto, o autor recorre aos conceitos essenciais de símbolo e de legislação simbólica, antes de apresentar a tese aplicada às normas constitucionais. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 1.

<sup>288</sup> Para o autor, as definições de “significado latente” e “significado manifesto” são análogos à definição de simbolismo na psicanálise, notadamente segundo os escritos de Freud. Segundo Neves, “na teoria freudiana, a relação simbólica pode ser vista, em sentido lato, como uma forma de intermediação entre o pensamento manifesto consciente e o pensamento latente inconsciente”. *Idem*, p. 9; 21-22.

<sup>289</sup> *Idem*, p. 22.

simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim”,<sup>290</sup> o que, no campo jurídico, relaciona-se à eficácia da norma. Com isso, expõe o seguinte conceito:

“Assim, “legislação simbólica” aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental.”<sup>291</sup>

O autor busca, por outro lado, diferenciar a legislação simbólica de outros atos simbólicos. É o caso da política simbólica, com a qual há semelhanças,<sup>292</sup> mas não se trata de conceito estritamente análogo. No campo político, a simbologia é a regra, isto é, não se apresenta como um problema.<sup>293</sup> Tampouco há compatibilidade integral com a definição de direito simbólico. Trata-se de formulação pioneira para o estudo da legislação simbólica, no entanto, além de apresentar escopo amplo, utiliza premissa contraditória. Ao primeiro enfrentar a questão do direito simbólico, Arnold partiu da noção de que o direito é predominantemente simbólico – para Neves, esse tratamento esconde os problemas relacionados à normatividade.<sup>294</sup> Os rituais e mitos jurídicos e políticos não têm relação, *a priori*, com a legislação simbólica. Esses atos têm lugar em instituições políticas e jurídicas, mas limitam-se a atividades para comunicar a ausência de dissenso (rituais) e para tornar inquestionáveis determinadas condutas (mitos).<sup>295</sup> O simbolismo extrapola a conotação limitada de rituais e mitos; embora possam servir de fundamento à legislação simbólica, o que a define é a preponderância do seu caráter “político-ideológico”.<sup>296</sup>

O conceito delineado por Marcelo Neves é, na verdade, complementar, uma vez que a função instrumental das normas é insuficiente para explicar o Direito Positivo das sociedades contemporâneas. A complexidade dos sistemas jurídico e político atuais lança luz sobre se a deficiência da função instrumental seria, meramente, um problema de ineficácia das normas.<sup>297</sup> Nesse contexto, o autor sugere a interrelação entre as funções instrumental e simbólica e

---

<sup>290</sup> *Ibidem*.

<sup>291</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>292</sup> A função da política simbólica aproxima-se às possíveis funções da legislação simbólica, sobretudo da subespécie “legislação-álibi”. Na concepção de Marcelo Neves – orientado por Edelman – “a política simbólica serve antes à harmonia social, reduzindo tensões e, portanto, desempenhando uma função aquietadora do público (“*political quiescence*”). *Idem*, p. 24.

<sup>293</sup> *Ibidem*.

<sup>294</sup> *Idem*, p. 26-27.

<sup>295</sup> *Idem*, p. 27-28.

<sup>296</sup> *Idem*, p. 29.

<sup>297</sup> *Ibidem*.

rechaça a noção tradicional de que seriam efeitos diametralmente opostos, no que é acompanhado por Gusfield e Kindermann.<sup>298</sup> Sob esse viés, o simbolismo da norma não se restringe à vontade do legislador, o que permite que os efeitos simbólicos da lei surjam após a atividade legiferante.<sup>299</sup>

Posta a definição de legislação simbólica, o autor introduz os diferentes tipos, de acordo com a classificação proposta por Kindermann.<sup>300</sup> São três espécies: (i) legislação para confirmação de valores sociais; (ii) legislação-álibi; e (iii) legislação como fórmula de compromisso dilatatório.

A legislação para confirmação de valores sociais, em geral, é fruto da demanda para que o legislador assuma um lado em relação a um conflito social. Segundo Neves, os grupos sociais conferem à promulgação da lei o sentido de “vitória legislativa”, por vezes associada ao reconhecimento de direitos.<sup>301</sup> Os próprios grupos de pressão atribuem à norma maior importância pela sua mera existência, deixando em segundo plano a eficácia normativa. Como resume o autor: os grupos sociais satisfazem “as suas expectativas basicamente com a expedição do ato legislativo”.<sup>302</sup> É uma forma de “legislação afirmativa”.<sup>303</sup> Serve prioritariamente como um filtro social diferenciador de grupos e de seus respectivos valores. O exemplo de Neves é preciso: uma eventual legislação europeia sobre estrangeiros, se mais rigorosa, teria o efeito simbólico de rotular o imigrante estrangeiro e reafirmar valores nacionalistas.<sup>304</sup>

Já a legislação-álibi parece ser a mais abrangente e mais comum dentre as espécies de legislação simbólica. Refere-se à função simbólica de “produzir confiança nos sistemas político e jurídico”.<sup>305</sup> Aqui, os grupos de pressão existem, mas o simbolismo está associado à utilização do poder normativo do legislador, cujo objetivo é suprir as expectativas gerais, para “apresentar o Estado como sensível às exigências”.<sup>306</sup> Nesse contexto, em geral, as normas não têm condição de efetivamente cumprirem sua função instrumental. Mas há outras possibilidades

---

<sup>298</sup> *Idem*, p. 30.

<sup>299</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>300</sup> Na concepção de Kindermann, a tipologia é apresentada assim: “Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.” KINDERMANN apud NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>301</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

<sup>303</sup> *Idem*, p. 35-36.

<sup>304</sup> *Idem*, 34-35.

<sup>305</sup> *Idem*, p. 36.

<sup>306</sup> *Idem*, p. 37.

para a legislação-álibi, como momentos de emergência.<sup>307</sup> Em meio a situações de urgência, “a atividade legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado”.<sup>308</sup> É nessa modalidade – a legislação-álibi em contexto de emergência – em que normalmente enquadradas as leis penais simbólicas, objeto do tópico seguinte (IV.3).<sup>309</sup>

Com efeito, Marcelo Neves resume as características principais:

“A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos. (...) Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal.”<sup>310</sup>

Se a legislação para confirmação de valores sociais tem valor afirmativo, à legislação-álibi compete o valor ideológico.<sup>311</sup> Em âmbito legislativo, não raro as aprovações são tratadas como ponto-de-virada da matéria a elas subjacentes. Em excesso, a legislação-álibi apresenta consequência contrária à esperada: em vez de gerar confiança nos sistemas político e jurídico, causa a descrença.<sup>312</sup> O que existe, na verdade, é um ciclo vicioso: identificação do problema – promulgação de lei – sensação temporária de bem-estar – realidade não alterada. Por isso, Neves alerta ao efeito da utilização abusiva – “o direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito”.<sup>313</sup>

Por sua vez, a legislação como fórmula de compromisso dilatatório cumpre o objetivo de “adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.<sup>314</sup> A lei, normalmente, é fruto de acordo entre grupos políticos opostos. O principal não é solucionar o problema, mas adiar indeterminadamente a solução. Nesse caso, os grupos políticos concordam com a ineficácia da lei, porque a falta de efetividade é o que os atrai.<sup>315</sup>

---

<sup>307</sup> *Ibidem.*

<sup>308</sup> *Ibidem.*

<sup>309</sup> *Idem*, p. 38.

<sup>310</sup> *Idem*, p. 39.

<sup>311</sup> *Idem*, p. 40.

<sup>312</sup> *Ibidem.*

<sup>313</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>314</sup> *Ibidem.*

<sup>315</sup> *Idem*, p. 42.

Noutro giro, Neves apresenta os efeitos indiretos e latentes da legislação, que se relacionam às consequências sociais da legislação simbólica. Independente da averiguação de eficácia da norma, a lei gera efeitos indiretos, colaterais, como os efeitos de uma norma tributária em âmbito trabalhista.<sup>316</sup> Outro exemplo está no campo penal: a criminalização de uma conduta, no mais das vezes, conduz à prática de novos crimes.<sup>317</sup> Há também o efeito indireto dirigido à “satisfação pessoal” de quem elaborou a norma.<sup>318</sup> Esses efeitos indiretos compõem, mas não esgotam, as consequências características da legislação simbólica. Para Neves, o seu elemento essencial é a hipertrofia do efeito simbólico, quando comparado ao efeito instrumental:

“A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata “se-então” da “norma primária” e da “norma secundária” (programa condicional” não se concretiza regularmente).”<sup>319</sup>

Portanto, a legislação simbólica constitui-se pela falta de normatividade. Falta-lhe a vigência social, que garante a estabilização das expectativas normativas, isto é, que garante a mudança de comportamento decorrente da eficácia da lei. Nessa situação – alerta Neves – o texto legal não exerce “influência sobre a conduta humana” da mesma forma que o faz a legislação instrumental.<sup>320</sup>

Sobrepondo os conceitos ao ordenamento constitucional, Neves apresenta dois vieses da constitucionalização simbólica – um negativo e outro positivo. O viés negativo relaciona-se com a deficitária concretização normativo-jurídica do texto constitucional.<sup>321</sup> Isto é: texto e realidade são muito distantes. Uma das causas, segundo Neves, é a falta de inclusão da “esfera pública” no processo de concretização das normas constitucionais – parte da tese de Peter Häberle.<sup>322</sup> A constitucionalização simbólica, à semelhança da legislação simbólica, não influencia normativamente na estrutura social, tampouco é por ela influenciada.<sup>323</sup> Mas há o viés positivo.<sup>324</sup> Corresponde às exigências e objetivos políticos concretos – em geral,

---

<sup>316</sup> *Idem*, p. 49.

<sup>317</sup> *Idem*, p. 50.

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>320</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>321</sup> *Idem*, p. 90 e seguintes.

<sup>322</sup> Cf. tópico III.c. *Idem*, p. 94.

<sup>323</sup> *Idem*, p. 92.

<sup>324</sup> *Idem*, p. 95 e seguintes.

traduzidos nas normas programáticas. Trata-se de uma função, sobretudo, ideológica.<sup>325</sup> Concretizar as diretrizes constitucionais ideológicas, no entanto, demandaria a alteração generalizada da situação social.<sup>326</sup>

A tipologia da constitucionalização simbólica segue a da legislação, retirando-se apenas aquela relacionada à confirmação de valores sociais. Já a constitucionalização-álibi é o tipo modelo de constitucionalização simbólica para Neves. Nessa categoria, o texto constitucional, principalmente no que se refere à previsão de direitos fundamentais, serve como álibi para quem o opera – “os legisladores constitucionais e governantes (em sentido amplo), como também pra detentores de poder não integrados formalmente na organização estatal”.<sup>327</sup> As disposições constitucionais tornam-se inócuas quando contrapostas à complexidade social. É o que aponta Neves:

“Delas [das normas constitucionais] não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.”<sup>328</sup>

O autor examina a história constitucional brasileira à luz da teoria da constitucionalização simbólica. Em todos os textos constitucionais anteriores – 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967-1969 – é possível verificar o exercício de funções simbólicas.<sup>329</sup> A Constituição Federal de 1988 potencializa a tradição brasileira desde a sua concepção, que assumia o papel de reestabelecer a democracia.<sup>330</sup> A noção de legitimidade constitucional levou à institucionalização de direitos e garantias fundamentais cuja concretização dependeria do modelo de Estado-provedor. A realidade social brasileira, no entanto, não se alinha ao atual texto constitucional e limita a concretização de suas disposições. Além de limitada, a concretização constitucional é excludente.<sup>331</sup> Daí decorrem discursos de que “a Constituição possui direitos demais”, enquanto, para Neves, o problema está justamente na “realidade constitucional desjuridificante”.<sup>332</sup> Ou seja, o cerne da questão não é propriamente discutir a amplitude das garantias constitucionais, mas a “falta de condições sociais para a realização de

---

<sup>325</sup> *Idem*, p. 97.

<sup>326</sup> *Idem*, p. 98.

<sup>327</sup> *Idem*, p. 103-104.

<sup>328</sup> *Idem*, p. 105.

<sup>329</sup> *Idem*, p. 177-182.

<sup>330</sup> *Idem*, p. 183.

<sup>331</sup> *Idem*, p. 184.

<sup>332</sup> *Idem*, p. 185.

uma Constituição inerente à democracia e ao Estado de direito”.<sup>333</sup> A função simbólica, no caso brasileiro, refere-se à legitimação dos legisladores e governantes e à retórica política centrada na defesa dos direitos fundamentais.<sup>334</sup>

### IV.3. A legislação penal simbólica e a criminalização da LGBTfobia

O ponto de partida para transpor a teoria da legislação simbólica ao direito penal é dado por Díez Ripollés: “o predomínio que se produz no Direito Penal, de efeitos simbólicos sobre os efeitos instrumentais”.<sup>335</sup> É também a definição adotada por Hassemer.<sup>336</sup> O efeito instrumental das leis penais relaciona-se à finalidade da tutela penal: a proteção de bens jurídicos constitucionais. A função simbólica, por sua vez, consiste, segundo Terradillos Basoco, na “aptidão para produzir um certo número de representações individuais ou coletivas, valorativas ou desvalorativas” a respeito da criminalização.<sup>337</sup> De forma direta, Rodrigo Fuziger resume: “[o] potencial simbólico estaria vinculado ao significado [da norma penal] para sociedade, ou seja, como ela seria interpretada pelos cidadãos”.<sup>338</sup>

Marcelo Neves trata também das normas penais. Para ele, o legislador penal cede à pressão popular pela expansão do poder punitivo, sem preocupação com a efetividade da norma:

“Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil a partir do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um alibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.”<sup>339</sup>

---

<sup>333</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>334</sup> *Idem*, p. 186.

<sup>335</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 11, a, 2002, tradução nossa. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>..

<sup>336</sup> Para Hassemer, outro aspecto do direito penal simbólico ampara-se em uma espécie de fraude por parte do legislador. “Uma predominância de funções latentes fundamenta o que aqui denomino ‘engano’ ou ‘aparência’: os fins descritos na regulação da norma são - comparativamente – distintos dos que se esperavam de fato; não se pode confiar na norma tal como ela se apresenta. Finalmente esta concepção de ‘simbólico’ não se trata só do processo de aplicação das normas, senão frequentemente da formulação e publicação da norma.” HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

<sup>337</sup> TERRADILLOS BASOSO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 10.

<sup>338</sup> FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 121.

<sup>339</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 38.

Para Fuziger, os efeitos simbólicos da lei penal até poderiam ressoar na realidade social, com um poder “dissuasório”.<sup>340</sup> Ainda assim o autor encontra limitações e problemas, como o descrédito das instituições de justiça e, em última análise, a profusão de linchamentos. A norma penal utilizada como álibi, portanto, pode primeiramente arrefecer o clamor social, mas a longo prazo a baixa efetividade geraria, em sentido oposto, uma espécie de “cede por justiça”.<sup>341</sup> Com efeito, Ana Elisa Bechara admite a dimensão simbólica como inerente à política criminal. A autora refere-se à “discrepância entre realidade e aparência, ou, em sentido específico, entre a busca efetiva e manifesta proteção social e a comunicação latente, por meio da norma, dos valores estabelecidos pelo Estado”.<sup>342</sup> É essa a convicção de Roxin, para quem o direito penal corresponde a dois desejados efeitos.<sup>343</sup> O primeiro consiste na proteção do bem jurídico. O segundo relaciona-se ao reforço de consciência sobre condutas reprováveis.

Por essa perspectiva, alguma função simbólica decorrente da norma penal não a tornaria, propriamente, uma lei penal simbólica. A classificação depende da predominância, da hipertrofia, do simbólico em detrimento da eficácia normativa.<sup>344</sup> Fuziger apresenta a harmonização musical como analogia à relação entre os efeitos simbólico e instrumental da norma penal - entre elas não haveria oposição ou subserviência, mas uma relação simbiótica.<sup>345</sup> Bechara aponta o limite a partir do qual o simbolismo se torna problemático:

“[O] caráter simbólico do direito penal torna-se, porém, criticável quando as funções latentes buscadas predominam sobre as manifestas, vale dizer, quando as normas não desempenham efeitos concretos de proteção.”<sup>346</sup>

Criticando os pontos negativos da legislação penal simbólica, Alessandro Baratta associa-se a Hassemer<sup>347</sup> e a Neves<sup>348</sup> ao apontar como consequência o descrédito da justiça. Para ele, a lei penal simbólica representa as “disfunções que abarcam a estrutura política e comunicativa da sociedade”.<sup>349</sup> Roxin, que pressupõe a função simbólica da norma penal,

---

<sup>340</sup> FUZIGER, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 123.

<sup>341</sup> *Ibidem*.

<sup>342</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem-Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 45.

<sup>343</sup> ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. Ed. Vega Universidade, 1993, p. 30

<sup>344</sup> NEVES, *Op. Cit.*, p. 23; FUZIGER, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>345</sup> FUZIGER, Rodrigo. *Op. Cit.*, p. 127-128.

<sup>346</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>347</sup> HASSEMER, Winfrid. *Op. Cit.*

<sup>348</sup> NEVES, MARCELO.

<sup>349</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, n.p.

também reforça a noção de que o abuso dessa prática enseja ilusões, percebidas de modo negativo pelos cidadãos.<sup>350</sup>

O direito penal simbólico divide-se em diferentes tipos. A tipologia de Hassemer assemelha-se à de Kindermann. Contém os seguintes tipos: (i) lei de declarações de valores; (ii) lei com caráter de apelo moral; (iii) resposta do legislador em momentos de crise; (iv) lei de compromisso.<sup>351</sup>

A primeira categoria é análoga à legislação simbólica para confirmação de valores sociais. O exemplo dado por Hassemer é o da criminalização do aborto, que ressalta “a confirmação da proibição de matar”.<sup>352</sup> A categoria da lei com caráter de apelo moral aproxima-se, também, da legislação simbólica para confirmação de valores sociais. Para Hassemer, é uma espécie de legislação afirmativa, como a legislação penal ambiental - “com o objetivo de dotar as pessoas com consciência ecológica”.<sup>353</sup> Já a resposta ao legislador em momentos de crise equipara-se à legislação-álibi. O objetivo é tranquilizar os cidadãos e diminuir a comoção social em torno de alguma urgência. Por sua vez, a lei de compromisso pode ser comparada à legislação simbólica como fórmula de compromisso dilatatório. É o caso de cláusulas gerais, naturalmente inefetivas, que apenas cumprem a função de “satisfazer a necessidade de atuação”.<sup>354</sup>

Diez Ripollés também apresenta um rol de tipologia da legislação penal simbólica.<sup>355</sup> São nove categorias, em parte comparáveis aos tipos de Kindermann e de Hassemer. As leis reativas e identificativas referem-se, respectivamente, a emergências e à identificação do legislador com demandas sociais. O objetivo é “demonstrar a rapidez dos reflexos de ação do legislador antes da aparição de problemas novos” e manifestar simpatia do poder público com problemas sociais.<sup>356</sup> No ponto, estão em consonância com a legislação-álibi e com a resposta ao legislador em momentos de crise. Cumprem a função de apresentar o legislador como agente sensível ao clamor popular. As leis declarativas e as leis principialistas expõem “quais os valores

---

<sup>350</sup> Roxin, por um lado, considera positivo o arrefecimento do clamor por proteção e, por outro, admite que a norma penal excessivamente ineficaz pouco acrescenta à realidade social. “No limite, busca-se o apaziguamento social, por meio da ilusão segundo a qual mediante normas previsivelmente inefetivas, está se fazendo algo em relação a determinadas ações ou situações”. ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>351</sup> HASSEMER, p. 25-26.

<sup>352</sup> HASSEMER, p. 26

<sup>353</sup> *Ibidem.*

<sup>354</sup> *Ibidem.*

<sup>355</sup> DIEZ RIPOLLES, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero – abril, 2002, p. 409-447.

<sup>356</sup> *Idem*, p. 413.

sociais corretos em uma determinada realidade social”.<sup>357</sup> Como exemplo, o autor cita delitos de adultério ou jogos de azar, cuja necessidade de tutela penal é questionável, por não haver bem jurídico lesado correspondente, mas a criminalização passa uma mensagem de conduta moral desejável.<sup>358</sup> O objetivo é forçar valores sociais. Já as leis de compromisso regem-se pelo ideal de demonstrar aderência das autoridades aos planos políticos firmados. No campo do processo penal, Diez Ripollés cria três categorias de normas: aparentes, gratuitas e imperfeitas.<sup>359</sup> As leis aparentes são tecnicamente impraticáveis, inefetivas, de propósito; o legislador cria a norma sem preocupação com as condições operativas reais. As leis gratuitas, na mesma linha, não acompanham os recursos necessários para que sejam implementadas. Já as leis imperfeitas são tecnicamente incoerentes ou não preveem sanção diante de eventual descumprimento. Por último estão as categorias cujos efeitos sociais são mais acentuados: leis ativistas, leis apaziguadoras, leis promotoras e leis autoritárias.<sup>360</sup> A legislação ativista gera o efeito social de aumentar a confiança da sociedade nas autoridades públicas. Por sua vez, as leis apaziguadoras têm o objetivo de acalmar os cidadãos. As leis promotoras buscam a “modificação de determinadas atitudes sociais”, diante da reação contrária pela sociedade.<sup>361</sup> Por último, as leis autoritárias mostram a capacidade violenta, coativa dos poderes públicos.

Os efeitos sociais hipertrofiados da legislação penal, para Diez Ripollés, conectam-se às amplas reformas político-criminais.<sup>362</sup> A ampliação dos tipos penais, sobretudo daqueles relacionados aos bens jurídicos coletivos e difusos, em geral conduz à criminalização simbólica.<sup>363</sup> Distinguindo os efeitos instrumental e simbólico da norma penal, Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade conclui:

“No específico caso da norma penal incriminadora, enquanto instrumento, deve desempenhar a função de proteção subsidiária dos bens jurídicos mais caros à convivência humana e ao pleno desenvolvimento do indivíduo, sendo esta a sua programação finalística. Será efetiva, então, se apresenta aptidão de tutelar referidos

---

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> *Idem*, p. 412.

<sup>359</sup> *Idem*, p. 414-416.

<sup>360</sup> *Idem*, p. 417-420.

<sup>361</sup> *Ibidem*.

<sup>362</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista.” *Jueces para la Democracia*, v. 11, 1997, p. 10-19.

<sup>363</sup> Para o autor: “Sem dúvida, sua massiva integração nos códigos criou disfunções relevantes, dentre as quais se pode destacar a extrema vagueza das formulações, a tendência, provavelmente derivada do déficit anterior, de acomodar-se em estruturas típicas de perigo com os riscos para a segurança jurídica e o fácil abuso pelo legislador, que pode se servir do direito penal para a transformação social ou, mais provavelmente, para produzir efeitos meramente simbólicos na sociedade.”. *Idem*, p. 18.

bens; não efetiva, se não cumpre a função de proteção; anti-efetiva, quando, em vez de resguardar bens jurídicos, contribui à sua vulneração.”<sup>364</sup>

No campo penal, a dimensão positiva do efeito simbólico constata-se pelo desvalor da conduta proibida. Como caracterizou Diez Ripollés, a legislação penal simbólica pode ser uma “lei promotora”, cujo efeito positivo é desincentivar uma conduta indesejada. Essa função simbólica, a princípio positiva, torna-se negativa se passar a resumir o “programa finalístico” da norma penal.<sup>365</sup> Nesse caso, haveria a criminalização de uma conduta imoral, simplesmente, apenas para reafirmar um padrão valorativo social, o que desvirtua a utilização do sistema penal – que serve, prioritariamente, para a proteção de bens jurídicos.

Por essa perspectiva, a noção de que as normas penais têm efeito simbólico intrínseco deve ser limitada à comparação de proporção entre os efeitos manifestos e latentes decorrentes da lei.<sup>366</sup> De fato, toda norma penal produz efeitos simbólicos; mas a definição de “legislação penal simbólica” caracteriza-se pelo desequilíbrio entre o instrumental e o simbólico.<sup>367</sup> Nessa equação, a efetividade da norma penal e a esperada proteção dos bens jurídicos a ela correspondentes saem de cena e abrem caminho para a “ilusão de segurança e de um sentimento de confiança da norma penal e nas instituições que a sustentam”.<sup>368</sup> Seguindo o conceito geral de legislação simbólica, as normas penais simbólicas negam a realidade, contrapõem-se ao substrato empírico.<sup>369</sup>

Os efeitos latentes são, *a priori*, gerados pela lei penal simbólica. A imagem do legislador e das demais autoridades que reclamam para si o mérito da promulgação da lei passa a ser positiva.<sup>370</sup> Além disso, a criação de novos tipos penais alivia o clamor social e cria a expectativa de segurança. Como aponta Olavo Andrade: “os mencionados efeitos, na prática, satisfazem objetivos desnecessários à proteção dos direitos da pessoa humana”.<sup>371</sup> Isto é: não

---

<sup>364</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *O caráter simbólico da criminalização das drogas*. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2018, p. 45.

<sup>365</sup> *Idem*, p. 46.

<sup>366</sup> Nessa linha, explica Olavo Andrade: “Deve-se analisar, portanto, em que medida a criminalização responde a finalidade de tutelar bens jurídicos, como continuamente proclama o poder, ou se, pelo contrário, tem objetivos distintos, tais como a função de estigmatizar determinados tipos de indivíduos ou grupos, de consolidar mecanismos de controle, de reforçar a legitimação do poder, ou de ocultar deficiências na política social, que se pretendem escamotear mediante a ação do direito penal.”. *Idem*, p. 47.

<sup>367</sup> HASSEMER, Winfrid. *Op. Cit.*; BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, n.p.

<sup>368</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 49. Na mesma linha: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7a. Edição. Revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 451.

<sup>369</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>370</sup> BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.*, n.p.

<sup>371</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 53.

abrangem a proteção de bens jurídicos nem mesmo indiretamente.<sup>372</sup> A longo prazo, como aleta Bechara, a sociedade conscientiza-se da norma penal simbólica e de sua ineficácia.<sup>373</sup> Por isso, Olavo Andrade afirma se tratar de um círculo vicioso, cuja estabilidade depende da reiteração por parte das autoridades:

“O direito penal simbólico, então, é naturalmente instável – depende de um duradouro processo de dissipação e renovação de subterfúgios para manutenção de suas funções latentes e conservação da confiança que lhe dedica o público. Se do engodo resulta a inaptidão da lei penal para cumprir o programa finalístico que enuncia, dessa inefetividade cria-se o perfeito ambiente para que se produza outra norma incriminadora, também em caráter simbólico, substituindo a anterior na missão de enfrentar o problema, com a promessa de fechar as lacunas instrumentais, descurando-se de seu próprio déficit.

Sendo o direito penal simbólico instável por natureza, para sua manutenção, as condições políticas e sociais que lhe deram suporte devem manter-se estáveis. De um lado a sociedade com os mesmos preconceitos, tabus, medos, anseios e encorajamento para afirmar suas intenções na norma e, do outro, os agentes políticos com idêntica disposição em dar as respostas esperadas no menor espaço de tempo possível.”<sup>374</sup>

Nesse sentido, o efeito simbólico duradouro é resultado de seguidas leis penais simbólicas, que reforcem a imagem pública das autoridades e, por outro lado, acalme os ânimos sociais e transfira à sociedade a sensação de segurança. O cenário é perigoso: para estabilização do direito penal simbólico, a aposta é a promulgação sucessiva de leis ineficazes. Há a necessidade de reforçar as funções sociais da norma em detrimento das funções instrumentais, já que alterar essa dinâmica pressupõe mudar a realidade social.<sup>375</sup>

Transpondo os conceitos ao caso da criminalização da homofobia e da transfobia, da ADO nº 26, a conclusão de que se tratou de criminalização simbólica depende do exame dos elementos essenciais. Seriam dois: a existência de clamor social em prol da tipificação das condutas discriminatórias e a hipertrofia dos efeitos latentes em detrimento dos efeitos manifestos. Embora a literatura do “direito penal simbólico” esteja adaptada à autoridade legislativa, não há limitações para analisar a postura do STF à luz dessas definições. Até porque, segundo Marcelo Neves, a legislação-álibi caracteriza-se pela produção de confiança nos sistemas públicos, incluídos o político e o jurídico.<sup>376</sup> O objeto de análise não é o discurso dos juízes – o que poderia levar a uma crítica semelhante da vontade do legislador. Quanto a isso, referindo-se especificamente à legislação penal simbólica, Olavo Andrade: “o elemento

<sup>372</sup> DIEZ RIPOLLES, José Luis. *Op. Cit.*, 2002, p. 410.

<sup>373</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op. Cit.*, p. 45 e seguintes.

<sup>374</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>375</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>376</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 36.

identificador não é a vontade do legislador e das congregações envolvidas, senão a função que a norma desempenha”.<sup>377</sup>

Após quase dois anos da decisão do STF, o diagnóstico é de que a violência contra a população LGBTQIA+ cresce e a criminalização ainda precisa superar barreiras. O Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021 registrou aumento de pelo menos 20% na ocorrência de crimes de lesão corporal dolosa, homicídio e estupro com motivação homofóbica ou transfóbica.<sup>378</sup> É que a criminalização não trouxe consigo políticas públicas em larga escala para conscientizar a população sobre o combate à violência contra a minoria.<sup>379</sup> Durante esse período, portanto, confirma-se que a norma não atingiu o efeito instrumental, qual seja, proteger a dignidade humana de pessoas LGBTQIA+, que enfrentam violência ainda maior do que antes do julgamento. O incremento da violência atingiu tanto os crimes compreendidos pelo julgamento, como aqueles não abarcados pela decisão. O STF limitou-se a enquadrar discriminações em razão da orientação sexual e do gênero como crime de racismo, além de confirmar que essa motivação se traduz em motivo torpe, para os fins de qualificação do homicídio doloso. Os crimes de lesão corporal, por exemplo, escaparam ao objeto da ADO nº 26.

Os institutos *All Out* e *Matizes* realizaram pesquisa que observou diversos óbices à aplicação da decisão da ADO nº 26.<sup>380</sup> “Passados dois anos da decisão, é possível dizer que a criminalização da LGBTifobia no Brasil ainda não é uma realidade”, conclui.<sup>381</sup> Na verdade, essa percepção inclui um novo tipo de ofensa aos direitos das pessoas LGBTQIA+: a violência institucional que obsta o reconhecimento e a implementação da decisão do STF pela tipificação da discriminação homofóbica e transfóbica como uma espécie de racismo. Com efeito, a pesquisa informa 34 (trinta e quatro) barreiras que impedem a eficácia da decisão, as quais se dividem em 5 (cinco) eixos:

“EIXO A: Barreiras sobre questões estruturais.

---

<sup>377</sup> ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>378</sup> BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/campanha-do-governo-federal-alerta-sobre-os-riscos-do-feminicidio/anuario2021completov4bx.pdf>.

<sup>379</sup> PACHECO, Denis. Direitos trancados no armário: LGBTifobia e racismo no Brasil. In: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*, p. 79-84. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/5-direitos-trancados-no-armario-lgbtifobia-e-racismo-no-brasil.pdf>.

<sup>380</sup> BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTifobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização*. São Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021.

<sup>381</sup> *Idem*, p. 7.

- #01 Resistência do Estado para reconhecer crimes de ódio;
- #02 Modelo de policiamento que negligencia a proteção a grupos vulneráveis, quando não os antagoniza;
- #03 Desvinculação entre as regras e as práticas institucionais dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública;
- #04 Indisposição política de instituições públicas para pautar a agenda de promoção de direitos LGBTI+ como missão institucional;
- #05 Não conhecimento das políticas criminais como políticas de Estado;
- #06 Teto de vidro impede e desincentiva o ingresso de mulheres e LGBTI+ nos sistemas de Justiça e Segurança Pública;
- #07 Cultura masculinista disseminada entre agentes de segurança;
- #08 Denúncias que são processadas pelas instituições apenas quando recebem visibilidade midiática;
- #09 Acesso desigual aos mecanismos de justiça dificultam pessoas LGBTI+ a denunciar os casos de violência;

#### EIXO B: Barreiras sobre falta de transparência e opacidade do Estado

- #10 Inexistência dos campos de orientação sexual e identidade de gênero nos sistemas de preenchimento de Boletins de Ocorrência;
- #11 Baixo índice de preenchimento dos campos de orientação sexual e identidade de gênero, quando eles existem nos Boletins de Ocorrência;
- #12 Preenchimento inexpressivo dos campos de motivação de crimes LGBTIfóbicos nos Boletins de Ocorrência;
- #13 Falta de coordenação federativa na gestão da informação em Segurança Pública;
- #14 Ausência de categorias específicas para busca nos sistemas do Poder Judiciário;

#### EIXO C: Barreiras sobre procedimentos institucionais

- #15 Descontinuidade de ações das instituições policiais e judiciais direcionadas a efetivar direitos LGBTI+;
- #16 Não reconhecimento do nome social de travestis e pessoas trans nos procedimentos de denúncia;
- #17 Treinamentos insuficientes das políticas para lidar com os casos de LGBTIfobia;
- #18 Despreparo da Polícia Civil no exercício da competência de investigação dos crimes LGBTIfóbicos;
- #19 Receio da revitimização tende a levar as vítimas a não denunciarem a violência sofrida;
- #20 Número insuficiente de delegarias especializadas impede a criação de boas práticas nas demais delegacias;
- #21 Ausência de padronização dos sistemas estaduais de registro das ocorrências;

#### EIXO D: Barreiras sobre reconhecimento jurídico

- #22 Falta de reconhecimento jurídico da motivação LGBTIfóbica pela Justiça;
- #23 Casos de racismo são entendidos pela Justiça como injúria racial;
- #24 Dissenso sobre a aplicação de injúria racial em casos de LGBTIfobia;
- #25 Dificuldade de produzir provas e de comprovar a intencionalidade do crime LGBTIfóbico;
- #26 Disputas institucionais sobre a validade da decisão do STF;
- #27 Escassez de ferramentas jurídicas unificadas de combate à LGBTIfobia;
- #28 Utilização imoderada de prerrogativas funcionais pelas Promotorias de Justiça para o não ingresso de ações motivadas por LGBTIfobia;
- #29 Alegação por promotores e juízes sobre impossibilidade de ingressar com ação com base no desconhecimento das especificidades da LGBTIfobia;
- #30 Relativização do discurso de ódio não explícito em nome da liberdade de expressão em decisões judiciais;
- #31 Dificuldade da Lei de Racismo em absorver diferentes formas de discriminação;

EIXO E: Barreiras trazidas pela COVID-19

#32 Descontinuidade das ações de difusão e publicidade da decisão entre instituições policiais e judiciais;

#33 Interrupção de grupos e mecanismos institucionais que estavam sendo criados para efetivar a decisão;

#34 Os julgamentos de réus soltos acusados de LGBTIfobia estão sendo postergados pela justiça.”<sup>382</sup>

A retórica da decisão do STF (*vide* seção III.d) relacionada à criminalização em razão da omissão legislativa e em defesa dos direitos humanos deixou de levar em consideração a realidade brasileira – de despreparo dos agentes públicos, em última análise, responsáveis pela aplicação da norma.<sup>383</sup> A ampliação do âmbito de incidência da Lei de Racismo aos crimes homofóbicos e transfóbicos, dessa forma, não acompanhou a criação das condições necessárias para o regular andamento da persecução penal desses casos. De acordo com a pesquisa, as barreiras estão em todos os momentos de aplicação da norma – desde a denúncia formal da vítima até dificuldades formais da Lei de Racismo em absolver outras formas de discriminação. Nem mesmo a comunicação da decisão se deu de forma ampla.<sup>384</sup> Em alguns Estados, houve iniciativas seguidas à decisão, com objetivo de emprestar-lhe notoriedade e conhecimento por parte dos agentes públicos – Acre, Amapá, Ceará, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul e São Paulo. Na maioria – 17 Estados e o Distrito Federal – não foi encontrada publicação oficial relacionada à ADO nº 26.

A tipificação dada pelo STF, de outro lado, ainda não ensejou alterações na estrutura dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei. A criação de uma categoria de crimes homofóbicos e transfóbicos requer a alteração de *layout* dos Boletins de Ocorrência, que devem prever campos pertinentes a esses delitos. Mas, segundo a pesquisa da *All Out* e do Instituto Matizes: os Boletins de Ocorrência não possuem campos específicos para identificação sexual nem para identidade de gênero ou, quando possuem, são preenchidos de maneira inadequada.<sup>385</sup> Na esfera judicial, há problemas semelhantes. Os operadores do direito têm noções limitadas, em geral, sobre como atuar no combate à violência perpetrada contra a minoria LGBTQIA+.<sup>386</sup>

---

<sup>382</sup> *Idem*, p. 8-10.

<sup>383</sup> *Idem*, p. 13-14. O Relatório da pesquisa lista casos em que agentes públicos desencorajaram vítimas ou relativizaram a violência narrada. “Mesmo quando a vítima toma a iniciativa de denunciar, novos empecilhos são impostos na hora de comprovar a agressão e de convencer o agente ou órgão público a entender que a agressão motivada por LGBTIfobia é uma violência.”

<sup>384</sup> *Idem*, p. 22-25.

<sup>385</sup> *Idem*, p. 45-46.

<sup>386</sup> *Idem*, p. 58-60.

O cenário posterior à criminalização sugere que a equiparação das discriminações homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo se caracteriza como uma forma de legislação-álibi, na concepção de Marcelo Neves.<sup>387</sup> Pela categoria de Hassemer, trata-se de uma resposta para momentos de crise.<sup>388</sup> Segundo Diez Ripollés, seria uma lei reativa ou lei de compromisso.<sup>389</sup> As categorias convergem em relação aos efeitos sociais da legislação: o efeito ilusório de bem-estar e a repercussão positiva da autoridade da qual emanou o ato. Nas palavras de Neves, ainda, há o efeito de obstruir a resolução dos problemas,<sup>390</sup> que se verifica no caso analisado. A aplicação da Lei de Racismo à homofobia e à transfobia está, a princípio, dificultando a persecução penal.<sup>391</sup> Em relação a política-criminal aplicada às drogas, Olavo Andrade conclui tratar-se de legislação-álibi, porque o efeito instrumental (proteção do bem jurídico da saúde pública) não se cumpriu, ao contrário do que ocorreu com os efeitos simbólicos.<sup>392</sup>

Portanto, desde a decisão do STF não se pode afirmar que houve efetiva proteção da minoria LGBTQIA+, já que os índices de violência aumentaram nos últimos anos. Além do efeito contrário ao pretendido, a criminalização das condutas discriminatórias enfrenta resistência para implementação, seja pela cultura dos agentes públicos, seja por barreiras procedimentais. Embora celebrada, a aplicação dessa forma de criminalização requer alterações da realidade social, que permitam o amparo de vítimas e o regular processamento das denúncias. Sem mudança no substrato fático, a decisão carecerá de condições para produção dos efeitos instrumentais. De outro lado, a pressão social em torno da demanda punitiva foi atendida, o que demonstrou a capacidade do Estado – esse caso, em particular, mostrou a quebra de paradigma, porque tornou possível a criminalização atípica pela instância judicial. Assim, apresentou o Poder Judiciário como autoridade promotora de direitos, em que é possível depositar confiança.

---

<sup>387</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 36-41.

<sup>388</sup> HASSEMER, p. 26.

<sup>389</sup> DIEZ RIPOLLÉS, *Op. Cit.*, p. 413.

<sup>390</sup> NEVES, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>391</sup> BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>392</sup> A conclusão de Olavo Andrade é esta: “É correto afirmar, portanto, que se esperava da criminalização das drogas o cumprimento de suas funções manifestas, a tutela da saúde pública, que seria alcançada pela substancial redução do consumo e comercialização das substâncias psicoativas. Intencionalidade não é o relevante nesse ponto. O importante é que, não cumprindo as funções por si enunciadas, a legislação penal desempenhou predominantemente a função de demonstrar a capacidade de ação do Estado, imunizando o sistema político contra as pressões sociais pela efetiva resolução do problema.”. ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *Op. Cit.*, p. 175.

## V. Considerações finais

Contar a história da ADO nº 26 pressupõe narrar dois momentos: o contexto anterior ao ajuizamento e os desdobramentos da judicialização. A compreensão do julgamento e da repercussão do caso na sociedade civil depende de saber o que levou ao acionamento da via judicial para solucionar o que, *a priori*, seria tema restrito ao campo legislativo – isto é, submetido à vontade da maioria.

Os casos de judicialização da política envolvendo a temática de direitos fundamentais têm em comum a iniciativa de minorias sociais. No Brasil, o controle de constitucionalidade arquitetado pela Constituição Federal de 1988 expandiu os entes legitimados, bem como os temas passíveis de judicialização. A ampliação das matérias constitucionais restringe a liberdade do legislador, justamente porque dá ampla margem ao controle judicial. Os grupos interessados, em geral fora da maioria parlamentar, recorrem aos tribunais para reverterem ação ou omissão estabelecida segundo a vontade da maioria. O movimento LGBTQIA+ tem histórico de êxito das demandas judiciais. A prática de litígio estratégico do movimento iniciou-se na década de 1990, com pedidos judiciais para custeio de tratamento contra HIV/AIDS. Atualmente, há uma lista de casos célebres movidos em prol dos direitos sexuais e de gênero.

A criminalização da homofobia/transfobia tornou-se tema judicial como segunda alternativa. Em princípio, a movimentação dos atores sociais (favoráveis e contrários) em relação à criminalização deu-se em âmbito legislativo. O movimento LGBTQIA+ e os deputados simpáticos à pauta começaram na frente; o PL nº 5.003/2001 fora aprovado, em regime de urgência, sem atrair para a votação manifestações contrárias. As tentativas de invalidar a votação na Câmara dos Deputados logo foram contidas e a tramitação levou-o ao Senado Federal, sob o nº 122/2006.

A sucessiva troca de relatoria e a prolongada tramitação, no Senado Federal, arrefeceu a força dos movimentos sociais e dos parlamentares favoráveis à aprovação do Projeto. Houve intensa participação popular concentrada, em especial, nas audiências públicas, em que estavam representados diversos espectros ideológicos. Com o tempo, o rótulo negativo do PLC nº 122/2006, bem como a reprovação em massa dos grupos religiosos, alterou a estratégia para aprovação. Com isso, popularizou-se a ideia de tornar o projeto em uma lei mais ampla, criminalizadora de toda forma de preconceito – e não mais centrada apenas nas condutas de homofobia e transfobia.

O novo caminho teve influência dos discursos de campanha de Dilma Rousseff, que procurava abafar temas políticos controversos. O PLC nº 122/2006 saiu da pauta legislativa após aprovação de requerimento de apensamento a projeto mais amplo – o PLS 236/2012, de reforma do Código Penal. Compuseram a maioria de votação pela anexação os parlamentares favoráveis à criminalização, mas partidários da ideia de que o projeto se tornara excessivamente impopular. A tramitação frustrada do PLC nº 122/2006 levou o tema ao STF, na forma de ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

As percepções doutrinárias relacionadas aos projetos legislativos criminalizadores da homofobia dividem-se em três vias. A primeira defende que condutas homofóbicas e transfóbicas não merecem a tutela penal. Sob essa perspectiva, a discriminação em razão da orientação sexual e de gênero seria reprimida de maneira mais adequada em outras esferas – administrativa, cível, trabalhista. Ainda nesse campo, há defensores da liberdade de expressão, para os quais a criminalização do discurso homofóbico/transfóbico violaria direitos fundamentais. A segunda via admite a possibilidade de criminalização, mas não nos moldes propostos pelo PLC nº 122/2006. Discute-se, por exemplo, a criação de um *crime homofóbico*, retirando a discussão sobre se cabe alterar a Lei de Racismo para inserir conduta homofóbica/transfóbica. De outro lado, parte da doutrina critica as penas da Lei nº 7.716/1989A terceira via igualmente concorda com o tratamento penal da homofobia/transfobia, conforme o projeto proposto na via legislativa.

A judicialização da criminalização da homofobia/transfobia deu-se após a derrota no Legislativo. O estopim foi o apensamento do PLC nº 122/2006 ao PLS nº 236/2012, que retirou o projeto específico da pauta imediata do Senado Federal. O PPS conferiu o acesso ao STF, por se tratar de partido político com representação no Congresso Nacional e, portanto, legitimado ativo para demandas de controle concentrado. Os agentes institucionais dividiram-se. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela criminalização, ao passo que a União e o Senado Federal se posicionaram contra o pedido.

A petição inicial centrou-se na inércia legislativa e na necessidade de tutela penal. Para comprovar a omissão, o proponente expôs a tramitação frustrada no Senado Federal e aludiu à “má-vontade” do parlamentado. A necessidade da criminalização ficou a cargo do histórico de preconceito e, principalmente, de casos de violência noticiados como motivados por discriminação.

O processo contou com ampla participação popular, favorável e contrária ao pedido. Os principais atores sociais foram o movimento LGBTQIA+ e o movimento religioso, mas participaram também entidades de direito público e privado. O embate entre os referidos movimentos sociais apenas refletiu uma contraposição ideológica histórica. A discussão sobre constitucionalização da proteção das orientações sexuais aconteceu durante a Assembleia Nacional Constituinte. Naquele momento, os parlamentares religiosos sagraram-se vencedores.

A maioria – oito, dentre as onze manifestações – dos *amici curiae* demonstrou-se favorável à criminalização. Os fundamentos pela procedência da ação, em sua maior parte, repetiam a argumentação da petição inicial. As informações inéditas referiam-se a dados consolidados sobre violência contra a comunidade LGBTQIA+, às quais o acesso ainda atualmente é precário. Do lado contrário, o movimento religioso pautou-se por argumentos envolvendo, especialmente, as garantias constitucionais das liberdades de expressão e de crença. Em suma, defendeu que a criminalização da homofobia/transfobia tornaria criminoso o discurso religioso.

No STF, a maioria dos ministros seguiu o voto-condutor do ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26. Em boa parte, os argumentos delineados na petição inicial serviram de base para a decisão, que também utilizou as ponderações dos *amici curie*. Os votos vencedores frisaram os dados de violência; mas os números aparecem também nos votos divergentes, que igualmente condenam a violência e a discriminação. Além disso, não acolheram o argumento de indevida limitação às liberdades de expressão e de crença. Os votos vencidos, em comum, referiram-se à reserva legal como princípio insuperável. Apesar da discordância, os ministros preocupavam-se em condenar condutas violentas e esclarecer a importância do julgamento para a Corte e para o público LGBTQIA+.

O conceito de legislação simbólica, pela óptica de Marcelo Neves, caracteriza-se pela hipertrofia dos efeitos latentes da norma em detrimento dos efeitos manifestos. Isto é: os efeitos sociais, simbólicos, preponderam sobre os efeitos instrumentais, finalísticos. Há três tipos: legislação para confirmação de valores sociais, legislação-álibi e legislação como fórmula de compromisso dilatatório. Os efeitos simbólicos podem ser positivos, mas, quando utilizados de maneira abusiva, são preponderantemente negativos e conduzem ao descrédito das autoridades públicas.

A definição de “criminalização simbólica” deriva do conceito genérico de “legislação simbólica”. No direito penal, os efeitos simbólicos são intrínsecos a todas as normas – essa é a

especificidade. Ainda assim, os conceitos gerais aplicam-se às normas penais simbólicas, também caracterizadas por terem baixa eficácia. Nesse sentido, o conceito depende do desequilíbrio entre efeitos simbólicos (atender pressão social, ilusão de bem-estar, sensação de segurança, destaque positivo das autoridades) e os efeitos instrumentais (proteção do bem jurídico).

A criminalização da homofobia e da transfobia pelo STF pode ser enquadrada como uma legislação-álibi (ou resposta para momentos de crise, lei reativa e lei de compromisso). Após dois anos da decisão, os índices de violência contra a minoria LGBTQIA+ aumentaram e a legislação teve pouca incidência, porque não acompanhou mudanças da realidade social que permitam a sua implementação. Não atendeu, portanto, o efeito instrumental de proteção do bem jurídico correspondente. Por outro lado, produziu efeitos simbólicos, como a reação às pressões sociais pela criminalização e a apresentação do STF como trincheira para o reconhecimento de direitos de minoria.

## VI. Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, vol. 31, nº 1, Iuperj, 1988.

AGÊNCIA SENADO. ‘Projeto anti-homofobia’ foi apresentado na Câmara há quase dez anos. 31.05.2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/05/31/projeto-anti-homofobia-foi-apresentado-na-camara-ha-quase-dez-anos>.

AGÊNCIA SENADO. *Novo projeto sobre criminalização da homofobia deve ser apresentado em agosto*. 13.07.2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/07/13/novo-projeto-sobre-criminalizacao-da-homofobia-deve-ser-apresentado-em-agosto>.

ANDERSON, Ellen Ann. *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. University of Michigan Press, 2005.

ANDRADE, Olavo Hamilton Ayres Freire de. *O caráter simbólico da criminalização das drogas*. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas JUS*, v. 25, n. 1, 2014.

BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 145, jul., 2018, p. 531-569.

BARATA, Alessandro. “Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 5, 1994, n.p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem-Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRAGA, Teodomiro. A Constituição segundo os evangélicos. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, n. 121, p. 4-6, 7 ago. 1988.

BRANDÃO, Rodrigo. “A Judicialização da Política: teorias, condições e o caso brasileiro”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1.151, de 1995*, que disciplina a união civil entre pessoas do mesmo sexo e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 1995. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16329>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.143, de 2004*, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156327>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 3.770, de 2004*, que dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257757>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 381, de 2003*, que altera a redação do art. 1º e do art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=106927>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 4.243, de 2004*, que estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266196>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5, de 2003*, que altera os arts. 1º a 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. Brasília: Câmara dos Deputados, 2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/104327>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 5.003, de 2001*, que determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/31842>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei nº 7.180, de 2014*, que inclui entre os princípios do ensino o respeito às convicções do aluno, de seus pais ou responsáveis, dando precedência aos valores de ordem familiar sobre a educação escolar nos aspectos relacionados à educação moral, sexual e religiosa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXI, nº 197, 24 de novembro de 2006, p. 52.019. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020061124001970000.PDF#page=115>.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LII, nº 10, 21 de janeiro de 1997.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Diário da Câmara dos Deputados*, ano LXI, nº 197, 24 de novembro de 2006, p. 52.019. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020061124001970000.PDF#page=115>.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm).

BRASIL. SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Artistas e intelectuais assinam manifesto pela aprovação de projeto de lei contra a discriminação*. 04.12.2013. Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/sdh/noticias/2013/dezembro/artistas-e-intelectuais-assinam-manifesto-pela-aprovacao-de-projeto-de-lei-contra-a-discriminacao>.

BRASIL. Senado Federal. *Anais da Assembleia Constituinte (Atas de Comissões)*. Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher – Subcomissão dos Direitos Políticos e Garantias Individuais. Ata da 12ª Reunião em 30 de abril de 1987. Brasília: Congresso Nacional, 1987.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Assuntos Sociais. Senadora Fátima Cleide. *Parecer*. Brasília, 10.11.2009. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584086&ts=1630421107944&disposition=inline>.

\_\_\_\_\_. Comissão de Constituição e Justiça. Senador Vital do Rêgo. *Parecer*. Brasília, 16.12.2014. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3518153&ts=1645029393021&disposition=inline>.

\_\_\_\_\_. Comissão de Direitos Humanos e Legislação. Senador Paulo Paim. *Parecer*. Brasília, 14.11.2013. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584210&ts=1630421108871&disposition=inline>.

\_\_\_\_\_. Comissão de Direitos Humanos e Legislação. Senadora Marta Suplicy. *Parecer*. Brasília, 05.12.2011. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584131&ts=1630421108319&disposition=inline>.

\_\_\_\_\_. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Senador Pedro Taques. *Parecer*. Brasília, 17.12.2013. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3516810&ts=1645029389259&disposition=inline>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006*, que altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao §3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Senado Federal: Brasília, 2006. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>.

BRASIL. Senado Federal. Regimento Interno, estabelecido pela Resolução n. 93, de 1970. Texto editado em conformidade com a Resolução n.º 18, de 1989, consolidado com as alterações decorrentes de emendas à Constituição, leis e resoluções posteriores, até 2021.

Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello, DJe, 06.10.2020, p. 11. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>.

\_\_\_\_\_. ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 05.05.2011.

\_\_\_\_\_. Inquérito (Inq) nº 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJE 12.09.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4352153>.

\_\_\_\_\_. Julgamento conjunto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277.

Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, DJE 14.10.2011, p. 65. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>.

\_\_\_\_\_. RE 271286 AgR, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, julg. 12.09.2000.

\_\_\_\_\_. ADI nº 4.227 e ADPF nº 132. Voto oralizado do Relator Ayres Britto, p. 38. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>.

\_\_\_\_\_. *Decisão monocrática na ADI 2130-MC*, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.12.2000.

\_\_\_\_\_. *Decisão monocrática na ADIn 3.494*, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.02.2006.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus nº 82.424*. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2002.

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de (coords.). *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/campanha-do-governo-federal-alerta-sobre-os-riscos-do-feminicidio/anuario2021completov4bx.pdf>.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. *LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização*. São Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021.

CAMPOS, Ligia Fabris; GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Pessoas trans: o mundo mudou e o Supremo também*. Jota. 01.03.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/pessoas-trans-o-mundo-mudou-e-o-supremo-tambem-01032018>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

CARRARA, Mariana Salomão. Ponderações sobre a criminalização de condutas homofóbicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 84, mai./jun., p. 312-368, 2010, n.p.

CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 99, nov./dez., p. 187-212, 2012.

CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 7a. Edição. Revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CLÁUDIA. “Famosas se posicionam e pedem que o STF criminalize a homofobia”. 13.02.2019. Disponível em: <https://claudia.abril.com.br/famosos/famosas-se-posicionam-e-pedem-que-o-stf-criminalize-da-homofobia/>.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 137, ano 35, jan./mar., 1998.

CONJUR. *Criminalização da homofobia exige atuação iluminista do STF, diz Barroso*. Ana Pompeu. 21.02.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/criminalizacao-homofobia-exige-iluminismo-stf-barroso>.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista.” *Jueces para la Democracia*, v. 11, 1997, p. 10-19.

\_\_\_\_\_. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero – abril, 2002, p. 409-447.

\_\_\_\_\_. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 11, a, 2002. Disponível em:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3703/4543>.

FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. São Paulo: Garamond Universitária, 2005.

FELICIANI, M. Z.; SCHIRMER, L. C.; DALMOLIN, A. R. A atuação de Silas Malafaia contra o PLC 122: análise de suas páginas no Twitter e no Facebook. *PragMATIZES - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura*, n. 13, p. 92-112, 15 jan. 2018.

FELICIANO, Marco. *Porque Me Tornei Parlamentar*. São Paulo: Ministério Tempo de Avivamento, 2021, n.p. A expressão atrelada ao Projeto foi pela primeira vez utilizada já em 2006, em artigo *online*.

FOLHA DE SÃO PAULO. “Leia a nota ‘Mensagem da Dilma’ na íntegra. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po1610201010.htm>. 16.10.2010.

FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.

G1. “Deputado vê ‘podridão’ em gays e diz que há ‘maldição’ sobre africanos”. Iara Lemos, 31.01.2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>.

\_\_\_\_\_. Lei não pode criar ‘terceiro sexo’, diz Magno Malta em marcha em Brasília. 01.06.2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2011/06/lei-nao-pode-criar-terceiro-sexo-diz-magno-malta-em-marcha-em-brasilia.html>.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. *Crítica de la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.

GLOBAL VOICES. “Brasil: Internautas comemoram o reconhecimento da união gay”. Paula Goés. 6.05.2011. Disponível em: <https://pt.globalvoices.org/2011/05/06/uniao-gay-stf/>.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição*. 2. ed. Salvador: JusPosdivm, 2020.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. *Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa*. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2020.

GONTIJO, André Pires; SILVA, Christine Oliveira Peter. “O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o *decision-making* como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 64, jul./set., 2008, p. 35-87.

GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 82, 2010, 165-185.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander. Os juízes como guardiões da Constituição. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: UnB 1984.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana*, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamentos de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional Theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo Brasileiro de 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

\_\_\_\_\_. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. *Boletim do IBCCrim*, ano 14, n. 168, nov. 2006.

KAUCHAKJE, Samira. “Solidariedade política e constituição de sujeitos: a atualidade dos movimentos sociais”. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 3, set./dez., 2008.

KRAUSE, Paul Medeiros. Projeto de Lei nº 5003-b/2001 (crimes de homofobia): a lei da mordaca gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1269, 22 dez. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9306>.

LELIS, Rafael Carrano; OLIVEIRA, Adriana Vidal. “Inclusão excludente: limitações da incidência política na luta pela inclusão da orientação sexual na Assembleia Nacional Constituinte”. *Revista de Direito Público*, n. 97, Brasília, 2021.

MACHADO, Maria das Dores Campos. “Religião, cultura e política”. *Religião e Sociedade*, v. 32, Rio de Janeiro, 2012.

MARQUES, Vera Lúcia; D’ÁVILA, Paulo. “O movimento LGBT e os partidos políticos no Brasil”. *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 3, 2010.

MARTINS, Alexandre Nogueira. *Caminhos da criminalização da LGTBfobia: racionalidade criminalizante, neoliberalismo e democratização*. São Paulo: IBCCRIM, 2021.

MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MICHILES, Carlos *et al.* *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

NELSON, William. *Marbury v. Madison. The origins and Legacy of judicial review*. University Press of Kansas, 2000, p. 70 e seguintes.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NICOLAU, Camila Christiane Rocha; ANDRADE, Andressa Paula de. Reflexão sobre a teoria queer, a fobia ao grupo LGBT+ e a proteção pelo Direito Penal. *Revista dos Tribunais*, v. 995, setembro, p. 407-425, 2018, n.p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil: estudo de um caso sobre omissão legislativa*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), São Carlos, 2018.

O ESTADO DE SÃO PAULO. Ato contra PL que criminaliza homofobia reúne 15 mil. 02.06.2011. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/355895/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>.

O GLOBO. “A votação traduz muito mais o que é o Brasil de 2019, diz Daniela Mercury sobre o julgamento para criminalizar a homofobia”, de Paula Ferreira. 23.05.2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/a-votacao-traduz-muito-mais-que-o-brasil-de-2019-diz-daniela-mercury-sobre-julgamento-para-criminalizar-homofobia-23689760>.

ORO, Ari Pedro. “A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, nº 53, outubro, 2013.

PACHECO, Denis. Direitos trancados no armário: LGBTfobia e racismo no Brasil. In: *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021*, p. 79-84. Disponível em:

<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/5-direitos-trancados-no-armario-lgbt-fobia-e-racismo-no-brasil.pdf>.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, ano 13, n. 26, segundo semestre 2011.

PIERUCCI, Antônio F.; PRANDI, Reginaldo. *A realidade social das religiões no Brasil: religião, sociedade e política*. São Paulo: Hucitec, 1996.

REDE BRASIL ATUAL. Senador pede que PL 122 seja apensado a projeto que discute Código Penal. Gisele Brito, 08.12.2013. Disponível em:

<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/12/senador-pede-que-pl-122-seja-apensado-a-projeto-que-discute-codigo-penal-71119/>.

ROMFELD, Victor Sugamoto. *Aproximação entre direito penal e direito da antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da LGBTIfobia no Brasil*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 170, agosto, 2020, p. 73-103.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. Ed. Vega Universidade, 1993.

SANTANA, Leonardo da Silva. O Estado laico no confessionário: a atuação religiosa e a luta pela cidadania LGBT durante a tramitação do PLC 122/2006. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SCHEFFER, Mário (coord.). *O Remédio via Justiça*: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília, Ministério da Saúde.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SOBREIRA, Geraldo. Discriminação a homossexuais gera polêmica. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 de junho de 1987. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/129693/junho87%20-%200419.pdf?sequence=1>.

SOMBRA, Thiago, O Supremo Tribunal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, v. 13, n. 1, jan./abr., 2017.

SOUZA, Ricardo Timm de. Em defesa da esquerda punitiva. *Rastros*, n. 1, Desterro: Cultura e Barbárie, out., 2012.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.

TERRADILLOS BASOSO, Juan. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. In: BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Pena y Estado*. Santiago: Conosur, 1995.

VALE, André Rufino de; MENDES, Gilmar Ferreira. O Pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito Público*, [S. l.], v. 6, n. 28, 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1615>.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.  
\_\_\_\_\_. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

ZAPATER, Máira Cardoso. Quando o poder da palavra constrói a palavra do poder. *Ciências Penais*, v. 17, jul./dez., 2012, n.p.