

**ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR
CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA (ASCES-UNITA)**

CURSO: DIREITO

ALLANA BEATRIZ DA SILVA

MAXSUELLEN JAMIRES DO NASCIMENTO SILVA

RAFAEL RODRIGO DE BRITO SILVA

**A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO EM CRIMINALIZAR A
DISCRIMINAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE
GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES FÁTICO-JURÍDICAS**

CARUARU

2023

ALLANA BEATRIZ DA SILVA

MAXSUELLEN JAMIRES DO NASCIMENTO SILVA

RAFAEL RODRIGO DE BRITO SILVA

**A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO EM CRIMINALIZAR A
DISCRIMINAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE
GÊNERO E SUAS IMPLICAÇÕES FÁTICO-JURÍDICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do núcleo de trabalhos de conclusão de curso, do Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), em requisito parcial para a aquisição de grau do curso de Direito.

Orientador: **Prof. Msc. Armando Andrade**

CARUARU

2023

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 prevê a igualdade como direito constitucional, no entanto, a comunidade LGBTQIA+ tem sofrido, por bastante tempo, ofensas aos seus direitos e garantias constitucionais e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero, o que caracteriza ofensa explícita aos princípios e normas da nossa Lei Maior. Nesse contexto, devido a inércia do Poder Legislativo em criminalizar esses atos contrários a Constituição, o STF equiparou, em 2019, as condutas de natureza homotransfóbica ao crime de racismo, decisão causadora de bastante controvérsia no mundo jurídico. Nesse contexto, urge uma análise para identificar os motivos por traz da inércia legislativa e as consequências causadas pela ausência de uma tipificação penal específica que trate do tema. Portanto, este trabalho visa demonstrar a importância da elaboração de norma penal específica que trate da Homotransfobia e os prejuízos causados pela sua ausência, além de identificar as principais razões para tal inércia por parte do Congresso Nacional, tendo em vista que a comunidade LGBTQIA+ sofre com a falta de um amparo legislativo eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Homotransfobia. Criminalização. Homossexualidade.

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution established equality as a constitutional right, however, the LGBTQIA+ community has suffered, for a long time, offenses to its constitutional rights and guarantees and discrimination based on sexual orientation and gender identity, which characterizes an explicit offense to the principles and norms of our Greater Law. In this context, due to the inertia of the Legislative Branch to criminalize these acts contrary to the Constitution, the STF, in 2019, equated homotransphobic conduct with the crime of racism, a decision that caused a lot of controversy in the legal world. In this context, an analysis is urgent to identify the reasons behind the legislative inertia and the consequences caused by the absence of a specific criminal classification that deals with the subject. Therefore, this work aims to demonstrate the importance of elaborating a specific penal norm that deals with Homotransphobia and the damage caused by its absence, in addition to identifying the main reasons for such inertia on the part of the National Congress, considering that the LGBTQIA+ community suffers from the lack of efficient legislative support.

KEYWORDS: Homophobia. Criminalization. Homosexuality.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	5
2. CONCEITUALIZAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO E HOMOTRANSFOBIA.....	6
2.1 Orientação sexual.....	7
2.2 Identidade de gênero.....	8
2.3 Homotransfobia.....	9
3. ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS DA OMISSÃO LEGISLATIVA NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA.....	11
3.1 Aspectos sociais: conservadorismo, patriarcalismo, religião.....	11
3.2 As omissões e os (pré)conceitos do código penal e das legislações especiais quanto aos crimes contra a orientação sexual.....	14
4. OMISSÃO LEGISLATIVA E LACUNAS LEGISLATIVAS: AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO TIPIFICAÇÃO PENAL DA HOMOFOBIA.....	16
4.1 Tipificação penal e impunidade nos crimes contra a orientação sexual.....	17
4.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal e a analogia ao racismo: aspectos jurídicos do entendimento jurisprudencial.....	19
4.3 Orientação sexual é raça? aspectos pragmáticos da decisão do STF na ADO e a necessidade da legislação sobre o tema.....	21
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23
REFERÊNCIAS.....	25

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca abordar os principais motivos e prejuízos causados pela inércia do Poder Legislativo ao tratar da criminalização da discriminação motivada pela orientação sexual e identidade de gênero. Esta já vem sendo discutida no parlamento há bastante tempo, no entanto, o Poder Legislativo permanece em posição omissa.

Tal fato levou o Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de junho de 2019, a equiparar os atos de natureza transfóbica e homofóbica ao crime de racismo (Lei 7.716/89), a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 (ADO n.º 26) e do Mandado de Injunção número 4733 (MI n.º 4733), até o momento em que, finalmente, o Congresso Nacional aprove uma lei específica sobre o tema.

No julgamento das mencionadas ações, o Supremo Tribunal Federal observou, a partir de técnica de interpretação conforme a constituição, existência de omissão legislativa inconstitucional do Poder Legislativo da União uma vez que a CF/88 preceitua que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a “cidadania”, a “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, inc. II e III) e tem como objetivo “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inc. I e IV).

É preciso observar que embora exista muita controvérsia acerca do tema, o STF ao agir com o propósito de proteção ao conjunto de liberdades individuais garantidos pela própria carta magna não estaria incorrendo em ilegalidade, considerando que as garantias e deveres constitucionais são soberanos em relação a todo o ordenamento jurídico.

A importância desse estudo se dá pois em contextos nos quais o próprio poder público se mostra omissa em garantir as disposições constitucionais, cria-se a necessidade de que o STF intervenha, de forma a salvaguardar que nossa lei maior seja aplicada na prática.

Ademais, sem uma legislação própria que busque tipificar a homotransfobia, esse grupo continua a enfrentar barreiras e desafios na efetivação da justiça e no exercício dos principais direitos fundamentais.

Uma lei específica se mostra indispensável pois trata-se de um grupo minoritário que sofre há muito tempo com um alto índice de violência, pois, segundo relatório produzido pelo Observatório de Mortes e Violência contra LGBTI+, mesmo com a presença cada vez mais frequente do debate social acerca do tema, o Brasil segue sendo o país que mais mata LGBTQIA+ no mundo.

Segundo pesquisas do GGB, a cada 29 horas, há um novo assassinato de LGBT. Esse cenário se torna ainda mais preocupante quando consideramos que os casos de violência contra membros da comunidade LGBTQI+ são subnotificados, tendo em vista que nos registros policiais não há qualquer observação acerca da identidade de gênero ou da orientação sexual da vítima, sendo usualmente ignorada como a motivação da agressão.

Resta evidenciada, mais uma vez, a importância e urgência da elaboração de legislação específica, considerando que mesmo subnotificados os casos de violência homotransfóbica atingem números exorbitantes e assustadores.

Nesse contexto, o trabalho utiliza a metodologia exploratória a fim de apresentar uma análise qualitativa utilizando compilados bibliográficos, teses doutrinárias e estudo de posicionamento jurisprudencial.

No 2º tópico, subsequente à introdução, explicaremos os conceitos básicos necessários à compreensão do tema, fazendo uma breve conceituação dos termos orientação sexual, identidade de gênero e homotransfobia.

Em seguida, no 3º tópico, passaremos a analisar os aspectos sociojurídicos da omissão legislativa, abarcando as lacunas legislativas relativas às condutas homotransfóbicas e às consequências da inexistência de uma tipificação penal específica para essas condutas.

Por fim, no 4º tópico discutiremos a respeito da decisão criminalizadora do STF, analisando seus aspectos pragmáticos e jurídicos, adentrando nas discussões que questionam sua legitimidade e legalidade.

2. CONCEITUALIZAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL, IDENTIDADE DE GÊNERO E HOMOTRANSFOBIA

A sexualidade humana é bastante complexa, e os conceitos a seguir, apesar de discutidos em diversas áreas das ciências humanas e sociais são desconhecidos

por grande parte da sociedade. No entanto, a classificação abaixo não é capaz de esgotar as orientações e identidades existentes, pois dizem respeito a uma característica humana plural e que não é única em todas as épocas.

A palavra homossexual foi utilizada pela primeira vez no século 19, mais precisamente em 1869 pelo alemão Karl Maria Kertbeny. Segundo Trevisan (2002), “homossexual” é a junção das palavras “homo”, que significa igual ou semelhante e a palavra “sexual”, que significa sexo, tendo assim o resultado: Sexualidade semelhante. Esse momento foi o marco inicial da conceitualização das orientações sexuais, que desde então passaram a ser múltiplas e mais complexas. A seguir trataremos das principais distinções que existem sobre o referido tema.

2.1 Orientação sexual

De início, a fim de conceitualizar a orientação sexual, podemos citar os seguintes termos: heterossexuais, homossexuais, bissexuais e assexuais. Nesse momento estamos tratando do sexo, no sentido de gênero que atrai o indivíduo de forma sexual e afetiva, como descreve Deslandes (2018, p. 22). A pessoa hétero, é aquela que tem atração pelo sexo oposto, o homem que se sente atraído por mulheres ou a mulher que se sente atraída por homens.

Segundo Gary W. Wood (2021, p. 13) a heterossexualidade é

A opção padrão para a sexualidade, isto é, atração e comportamento sexuais entre adultos de “sexo oposto”. Hetero significa “diferente”, e isso implica uma diferença ou complementaridade nos genitais, isto é, nos termos mais básicos, sexo “vagina/pênis”. A heterossexualidade se baseia no que Judith Butler descreve como “a produção de oposições discretas e assimétricas entre ‘feminino’ e ‘masculino’.

Por outro lado, ao contrário da definição acima, o conceito de homossexual traz a ideia de semelhança, tratando daquele indivíduo que se sente atraído por outras pessoas do mesmo sexo, como defende Trevisan (2002).

Já os bissexuais, segundo Ferrão, Carvalho e Coacci (2019, p. 225) são aqueles indivíduos que se sentem atraídos afetiva, romântica e/ou sexualmente por mais de um gênero. Diferindo dos assexuais que, por sua vez, não apresentam interesses sexuais, independente do gênero.

Para Santos & Carvalho (2019, p. 2711), “o indivíduo assexual é aquele que não vivencia a atração sexual, algo que lhe é intrínseco e, portanto, difere do celibato que consiste em uma escolha, o que faz da assexualidade uma orientação sexual”.

É importante frisar que não se deve confundir a orientação sexual com a identidade de gênero, pois a primeira trata da maneira como um indivíduo se relaciona afetiva e sexualmente com outras pessoas. Enquanto a segunda diz respeito a como a pessoa se identifica e se apresenta no meio social (BRASIL, 2016), como veremos no próximo subtópico.

2.2 Identidade de gênero

A identidade de gênero se refere a maneira com a qual a pessoa se sente, ou seja, refere-se ao fato de a pessoa se identificar como homem ou como mulher, relativamente ao binarismo de gêneros socialmente predominante. Essa é a perfeita descrição de Deslandes (2018, p. 21).

É sob esse viés que há a identificação das pessoas cisgêneras e transgêneras (ou transsexuais), a primeira define aquelas que se identificam com o sexo atribuído a elas no momento do seu nascimento, ao passo que as transgêneras, segundo Estefam (2016, p. 78) são pessoas portadoras de um transtorno de identidade de gênero se identificam com sexo diverso atribuído no momento do nascimento.

Em relação aos transexuais, Deslandes apresenta sua definição:

Transexuais são pessoas que se identificam com o gênero oposto àquele que lhes foi designado no nascimento em razão do seu genital, querendo ser por ele reconhecidas (mulheres transexuais são as pessoas designadas como “meninos” no nascimento, mas que se entendem como mulheres, e homens trans são as pessoas designadas como “meninas” no nascimento, mas que se entendem como homens). (DESLANDES, 2018, p. 21).

Ambos os raciocínios supramencionados apontam no sentido de que a transexualidade se dá devido à disforia de gênero, haja vista o sexo biológico, atribuído no nascimento, manifestar-se, por vezes, contrário ao sexo psíquico, que é aquele a qual o indivíduo se identifica (DESLANDES, 2018, p. 157).

Acerca do tema, o Conselho Federal de Medicina (CFM), através da Resolução nº 2.265/2019, regulamentou a matéria dispondo da seguinte forma:

Art. 1º Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao

nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero.

§ 1º Considera-se identidade de gênero o reconhecimento de cada pessoa sobre seu próprio gênero.

§ 2º Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem.

§ 3º Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher. [...] (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2020)

Através da regulamentação sobredita, o Conselho Federal de Medicina esclareceu um ponto muito controverso, reconhecendo a desnecessidade de que o indivíduo realize cirurgia de redesignação sexual para que se enquadre como transexual. Para tanto, basta que o indivíduo se identifique com o sexo oposto ao seu anatômico natural.

Dessa forma, conclui-se que o transgênerismo ou transexualidade resulta de uma questão identitária, haja vista o indivíduo não se reconhecer com o gênero que lhe foi biologicamente atribuído.

2.3 Homotransfobia

A homotransfobia é uma característica cultural muito presente, aqui tratamos da homofobia e da transfobia, que representa a violência contra o grupo dos homossexuais, que abrange gays, lésbicas e bissexuais, e o grupo dos transexuais, que engloba os travestis e transgêneros.

O termo homofobia foi cunhado em 1971 pelo psicólogo norte-americano George Weinberg em um artigo intitulado "*Words for the New Culture*" (MINAYO & SILVA, 2017). Desde então, Carvalho, Andrade e Junqueira (2009) destacam que o termo tem sido comumente utilizado para definir o medo, o desprezo, a desconfiança, o ódio, a hostilidade e a aversão em relação à homossexualidade e às pessoas homossexuais ou identificadas como tais.

As considerações acima mencionadas se aplicam de forma igual à transexualidade e às pessoas transexuais, utilizando-se o termo transfobia para denominar a discriminação e o preconceito enfrentados por essa população.

Nesse contexto, foi desenvolvida a noção de "homotransfobia", adotada pela jurisprudência pátria durante a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão de nº 26. Essa conceituação abrange tanto a homofobia quanto a transfobia, reconhecendo a interseção da violência enfrentada por homossexuais e transexuais.

Essa violência decorre da intolerância social em relação as orientações sexuais e identidades de gêneros, que deixa efeitos trágicos na sociedade, sociedade essa que é representada por uma ideologia heterossexista, termo criado em 1972, pelo psicólogo George Weinberg, a fim de representar a opressão sofrida pelos que não heterossexuais.

Sobre essa ideologia, Santos, M. G (2016, p. 162-163) publicou o seguinte:

O estabelecimento da ideologia heterossexista foi se formando, conforme o jornalista Colin Spencer (1996), a partir da leitura fundamentalista, literal e não contextualizada de determinadas passagens bíblicas que inspiraram as legislações seculares. Além disso, com o advento da revolução industrial e a necessidade de acúmulo de capital pela burguesia, a ideologia heterossexista foi sendo consolidada, pois as famílias nucleares apoiadas pelas religiões cristãs se tornaram economicamente viáveis e foram naturalizadas ideologicamente. Seguindo este raciocínio, um casal heterossexual poderia ter filhos e perpetuar o sistema de acumulação capitalista e a partir de então os homossexuais foram considerados uma ameaça, sendo considerados doentes ou criminosos.

Nessa passagem, evidencia-se a influência dos aspectos conservadores e religiosos na perpetuação da ideologia heterossexista.

No Brasil, a homotransfobia é um problema constante e crescente, tendo em vista que as estatísticas demonstram que nosso país concentra o maior registro de crimes homotransfóbicos no mundo, configurando o primeiro lugar das Américas como o país que mais mata pessoas da comunidade LGBTQIA+ e em primeiro lugar do mundo, em se tratando de pessoas travestis e transexuais (CARDOSO, 2021).

A pauta LGBTQIA+, inegavelmente, ganhou mais visibilidade nas esferas sociais nas últimas três décadas, no entanto, apenas em 2019 as práticas discriminatórias contra esse grupo foram criminalizadas ao serem atreladas à Lei de Racismo (BRASIL, 2019). Essa inércia do Congresso Nacional permitiu que os membros da comunidade LGBTQIA+ fossem sujeitados a variados desrespeitos aos seus direitos fundamentais resultantes do ódio homotransfóbico e da perpetuação de ideias heterossexistas.

3. ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS DA OMISSÃO LEGISLATIVA NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

Os atos homotransfóbicos possuem natureza discriminatória e são contrários aos direitos e liberdades fundamentais de indivíduos pertencentes a grupos sociais vulneráveis.

Negar direitos aos homossexuais é um atentado aos direitos humanos, principalmente ao direito à igualdade. Estas minorias sexuais já foram alvo de perseguições pela religião, psiquiatria, psicologia e até mesmo pela lei. (KESKE, H. A. G.; MARCHINI, V. C., 2019, p. 52)

Acerca desse cenário, o constituinte agiu de forma assertiva ao incluir em nossa lei maior a determinação de que a lei deveria punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, conforme disposto no art. 5º, inciso XLI. Tão grande é a importância do dispositivo legal supracitado, que este possui *status* de *cláusula pétrea*, isto é, trata-se de norma constitucional que não pode ser suprimida ou reduzida.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 ser enfática na defesa da cidadania, da dignidade da pessoa humana e da igualdade, existe uma série de fatores que levam o Poder Legislativo a se manter inerte na criminalização dos atos homotransfóbicos (BRASIL, 1988). A respeito desta inércia, vamos investigar a seguir os possíveis motivos provocadores do desinteresse dos legisladores.

3.1 Aspectos sociais: conservadorismo, patriarcalismo, religião.

Dentre os aspectos determinantes na criminalização da homotransfobia, é perceptível que os elementos sociais são de fundamental importância, e agem na base do convencimento dos legisladores sobre a necessidade da edição das leis.

O conservadorismo, nas palavras de Vinicius Schurgelies (2020, p. 24), é definido como sendo a “Filosofia social que designa um sistema de crenças que visa a manutenção das políticas e padrões de ordem vigentes. Apoiar-se no apego à tradição e nos antigos costumes em oposição às mudanças ou inovações”. Partindo dessa definição, é racional identificar que o conservadorismo “caminha de mãos dadas” com a religião, pois esta última é justamente ligada à tradição e aos antigos costumes.

Quando o assunto são os direitos LGBT no Brasil, é ainda comum que algumas pessoas indignadas associem isso ao conceito de promiscuidade (TREVISAN, 2018). Nesse contexto, o conservadorismo é um verdadeiro óbice à criminalização da homotransfobia, uma vez que pautas voltadas à comunidade LGBTQIA+ vão de encontro aos antigos costumes, defendidos pelos conservadores.

No Brasil, a pauta da criminalização da discriminação por orientação sexual é alvo de debates há bastante tempo. Em 1987, o ativista João Antônio Mascarenhas foi convidado a falar na Assembleia Constituinte sobre a inclusão da proibição da discriminação por orientação sexual na Constituição Federal (OLIVEIRA, 2013). Após a defesa, houve uma votação com 461 constituintes presentes, resultando em 130 votos a favor, 317 votos contra e 14 abstenções, resultando na não inclusão dessa proibição em nossa Carta Magna (HOWES, 2010).

Na ocasião supracitada, a exposição de Mascarenhas foi duramente criticada por vários Constituintes, em grande parte, conservadores religiosos. Acerca dos debates realizados, destaca Oliveira (2013):

Em relação aos homossexuais, Eliel Rodrigues iniciava a defesa de sua proposta sempre apoiado em justificativas religiosas. Relacionava em sua fala os casos de AIDS ao fato de homens deixarem “o uso natural da mulher” para relacionarem-se com outros homens. Sua fundamentação foi completamente retirada da Bíblia, não apresentando nenhuma outra justificativa para que o texto Constitucional não vedasse a discriminação de homossexuais pela expressão “orientação sexual”. Costa Ferreira completava o argumento, afirmando que os homossexuais deveriam ser “recuperados” ou deveriam ter a chance de abandonar essa vida para se casar, pois em sua concepção, a mulher seria talhada para exercer um papel feminino, complementando o homem (OLIVEIRA, 2013, p. 08).

A perspectiva defendida por Eliel Rodrigues, que taxa as relações homoafetivas como antinaturais, não tem base em evidências científicas, mas sim em concepções influenciadas por crenças religiosas. Nesse contexto, o historiador e filósofo Yuval Noah Harari (2015) destaca:

A cultura tende a argumentar que proíbe apenas o que não é natural. Mas, de uma perspectiva biológica, não existe nada que não seja natural. Tudo o que é possível é, por definição, também natural. Um comportamento verdadeiramente não natural, que vá contra as leis da natureza, simplesmente não teria como existir e, portanto, não necessitaria de proibição. Nenhuma cultura jamais se deu ao trabalho de proibir que os homens realizassem fotossíntese, que as mulheres corressem mais rápido do que a velocidade da luz, ou que elétrons com carga negativa atraíssem uns aos outros. Na verdade, nossos conceitos de

“natural” e “não natural” não são tirados da biologia, mas da teologia cristã. (HARARI, 2015, p. 154).

Apesar da recusa de inserir especificamente a proibição da discriminação por orientação sexual, a Constituição Federal consagrou, em seu art. 5º, inc. XLI, que a lei deveria punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Ocorre que, mesmo transcorridos 34 anos da promulgação da Constituição Federal, a homotransfobia ainda não foi especificamente criminalizada nos moldes do mandamento constitucional supracitado.

À priori, pode-se parecer que a posição adotada em 1987 por estes Constituintes conservadores seja radical e antiga, no entanto, a posição ainda é amplamente defendida no Congresso Nacional e os discursos são semelhantes, mudou-se apenas os personagens que os expressam.

Um exemplo desse cenário na atualidade ocorreu na votação do Projeto de Lei 122 de 2006, conhecido como lei anti-homofobia que tinha por objetivo criminalizar a homofobia no país. Na ocasião, o senador Magno Malta emitiu seu parecer contra o projeto de lei:

O Projeto de Lei 122, que concede vários privilégios aos homossexuais, é uma aberração (...). O tão exclamado preconceito vem da minoria na ostensiva e agressiva luta para mudar os costumes. Agora, o Senado Federal tem o dever de sepultar de vez o Projeto de Lei 122 (...). A defesa da ética, da moral e dos bons costumes virou uma luta que atravessa a fronteira da religião e chega ao coração das famílias brasileiras. Religião é religião, família é família, o debate é maior, trata-se de preservar o que tem de mais importante na sociedade, a chamada instituição universal e sagrada. É dever de todos os homens de bem pensar no futuro do país formado por uma geração forte e saudável. (MADEIRA, Rafael Machado; QUADROS, Marcos Paulo dos Reis, *apud* MALTA, 2011, s.p.)

Da leitura da decisão de Malta, é possível aferir que sua fundamentação se baseia em um argumento conservador, e recorre a conceitos subjetivos como ética, moral e bons costumes. Em decorrência da subjetividade destes conceitos, a religião é fator preponderante, pois é responsável por nortear as convicções acerca de quais comportamentos são considerados adequados ou inadequados, à luz de suas crenças.

Nas eleições mais recentes de 2022, o conservadorismo ganhou espaço no Legislativo Federal e, a partir de janeiro de 2023, todo o Congresso Nacional estará ainda mais à direita. O partido liberal (PL) – historicamente de direita – terá a maior

bancada tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. (BIANCHATTI, 2022).

Nessa conjuntura, a expectativa de que pautas ligadas à homotransfobia sejam aprovadas se torna ainda menor, maximizando a dificuldade enfrentada por grupos sexualmente minoritários em garantir legislações específicas que atuem na defesa de seus direitos constitucionais básicos.

3.2 As omissões e os (pré)conceitos do código penal e das legislações especiais quanto aos crimes contra a orientação sexual

Por muito tempo, grande parte do ordenamento jurídico brasileiro examinou condutas sexuais sob uma ótica agudamente conservadora e religiosa, especialmente no que diz respeito à esfera criminal. Basta observar que, até metade dos anos 2000, o Código Penal vigente ainda criminalizava o adultério, a sedução e o rapto consensual (ESTEFAM, 2022, p. 21).

De fato, o Direito Positivo pátrio foi, desde seu princípio, construído por vieses tradicionalistas e maculado por juízos e ideias preconcebidas no que tange as questões de orientação sexual e identidade de gênero. Após a chegada dos colonizadores portugueses ao Brasil, estes registraram que os indígenas possuíam hábitos sexuais licenciosos, dentre os quais se via a homossexualidade (ESTEFAM, 2022, p. 104). Em contrapartida, os colonizadores eram majoritariamente adeptos do cristianismo e reputavam relações homoafetivas como sendo graves pecados.

Do ponto de vista legal, aponta Estefam (2022, p. 104): “as primeiras regras acerca do tema encontravam-se nas Ordenações do Reino de Portugal: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas”. As Ordenações Afonsinas foram editadas em 1447 ou 1448; as Ordenações Manuelinas tiveram sua versão definitiva publicada em 1521 e às Ordenações Filipinas, através de seu Livro V, vigorou de 1603 até 1830 (ESTEFAM, 2022, p. 104). Acerca dessas Ordenações, todas elas condenavam a prática de atos homossexuais, à época denominadas de sodomia.

Toda a pessoa, de qualquer qualidade que seja, que pecado de sodomia per qualquer maneira cometer, seja queimado, e feito em fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inábeis e infames, assi como os daqueles que cometerem crime de Lesa Magestade. (PORTUGAL, 1603).

A criminalização da homossexualidade perdurou em nossa legislação até 1830, data na qual foi estabelecido o Código Penal do Império. A partir desse momento, em que pese não haver criminalização explícita da homossexualidade, outros tipos penais começaram a ser aplicados para punir pessoas que revelassem publicamente sua opção homossexual (ESTEFAM, 2022, p. 105).

O Código Penal do Império, através do art. 280, no capítulo intitulado “ofensas da religião, da moral, e bons costumes”, estabeleceu pena de prisão para aqueles que praticassem qualquer ação, que na opinião pública fosse considerada como evidente ofensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar público. Mais à frente, o Código Penal de 1890 também se quedou silente acerca da homossexualidade, mantendo disposição que punia o crime de “ultraje público ao pudor” em seu art. 282, nos seguintes moldes:

Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar publico ou frequentado pelo publico, e que, sem offensa à honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade: Pena - de prisão cellular por um a seis mezes. (BRASIL, 1890).

Dito isto, torna-se claro que, apesar da descriminalização da homossexualidade no Brasil ter ocorrido em 1830, continuou se punindo condutas homoafetivas com base na interpretação dos novos dispositivos legais. Soma-se a isto o fato de que, a mera descriminalização da homossexualidade, por si só, não garantiu dignidade aos grupos sexuais minoritários, tão somente os tornou invisível na legislação.

Conquanto houvesse o Código Criminal do Império, bem como os códigos penais posteriores, varrido do sistema legal a criminalização da prática homossexual, não se tornou mais fácil a vida dos homossexuais, uma vez que passaram eles a ser “invisíveis” no tocante às políticas públicas, ou seja, se até 1830 eram tidos por criminosos sujeitos à pena de morte, a partir de então foram deslocados para a invisibilidade jurídica e social, o que continuou a acarretar graves distorções sociais, e mesmo jurídicas [...] (BONFIM, 2011, p. 81).

Após percorrer toda essa trajetória histórica, chegamos ao cenário jurídico hodierno. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, princípios como os da dignidade da pessoa humana e da igualdade, foram tidos como basilares para a República Federativa do Brasil. Por isso, nossa lei maior representou um grande avanço para as minorias sociais, pois se dispôs a combater as diferentes formas de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988). Não

obstante esse zelo constitucional, o legislador não se dispôs a inserir condutas homotransfóbicas na lei penal.

Em função dessa inércia, diversos órgãos do Poder Judiciário vêm exarando decisões relativas à diversidade sexual e, em oposição ao Poder Legislativo, vêm mostrando afinco em resolver os conflitos à luz da Constituição Federal de 1988 (BALESTERO, G. S.; BAHIA, A. M. F. de M, 2018, p. 170). Nessa direção, é importante ressaltar que foi nossa Suprema Corte que reconheceu que a discriminação homofóbica é repudiada pela Constituição.

Importante destacar que a temática da criminalização da homotransfobia já é alvo de debates nas Casas Legislativas há anos, no entanto, estas mostram desinteresse em deliberar sobre estas proposições. Nesse sentido, a doutrinadora e desembargadora emérita Maria Berenice Dias se manifestou sobre o cenário, cuja exposição foi citada na ADO de nº 26 pelo ex-Ministro do STF, Celso de Mello. A respeito da morosidade no trâmite dos projetos de lei, Dias (2017) ressaltou:

Inúmeros projetos de lei já foram apresentados. A tramitação é exasperantemente lenta. São arquivados, desarquivados, apensados, em um constante ir e vir. E, se o projeto não é votado e o relator não é reeleito, no final da legislatura, a proposição é arquivada e é preciso recomeçar todo um novo calvário para que seja desarquivada e apresentada por outro Relator. (DIAS, 2017, p. 41, *apud* BRASIL, 2019).

Dito isto, torna-se nítido que, no plano jurídico contemporâneo, perdura uma resistência do legislador em elaborar leis penais que combatam, de forma específica, à homotransfobia. Em decorrência disso, conclui-se que nossa legislação criminal mantém a postura adotada desde a era imperial brasileira, mantendo-se silente acerca da criminalização da discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

4. OMISSÃO LEGISLATIVA E LACUNAS LEGISLATIVAS: AS CONSEQUÊNCIAS DA NÃO TIPIIFICAÇÃO PENAL DA HOMOFOBIA

Como explanado no tópico anterior, não há, e nunca houve, tipificação penal da homotransfobia no ordenamento jurídico brasileiro. Com o advento da CF/88, essa escassez deixou de ser um problema exclusivamente social, para ser também um problema jurídico, dado que nossa Carta Magna prescreveu, em seu art. 5º, inc. XLI,

que a lei deveria punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988).

No dispositivo legal supracitado, observa-se uma norma de eficácia limitada, pois há uma incumbência constitucional – relativa a punir as diferentes formas de discriminação – cuja qual a CF/88 não se debruça profundamente, sendo dependente de norma reguladora ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Não havendo, pois, após decorridos mais de três décadas da CF/88, legislação penal que tutele a liberdade de orientação sexual e de gênero, resta-se configurada uma omissão legislativa e inconstitucional, a qual impede a concretização de um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º, inc. IV, da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

4.1 Tipificação penal e impunidade nos crimes contra a orientação sexual

A escassez de uma legislação criminalizadora que puna, de forma específica, os crimes em função da orientação sexual e identidade de gênero, permite que esses grupos vulneráveis tenham seus bens jurídicos mais importantes violados e enfrentem dificuldades ao tentar obter amparo da tutela penal.

De acordo com dados apurados pelo Observatório de Mortes e Violências Contra LGBTI+, no ano de 2021, uma pessoa LGBTI+ foi assassinada a cada 27 horas. Esse dado demonstra a necessidade fática que urge em editar dispositivos penais para combater diretamente os crimes praticados em razão da orientação sexual e identidade de gênero. Nesse sentido, ao julgar a ADO nº 26, o ex-ministro do STF, Celso de Mello (2019) pontuou:

A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Por isso, é importante deixar claro que o presente caso não trata simplesmente da falta de uma disciplina legislativa que permita o desenvolvimento de dada política pública. Nós estamos a falar,

realmente, do reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, a proteção penal se faz essencial pois, ao tipificar condutas homotransfóbicas, o legislador obsta que prevaleça a impunidade nos crimes cometidos.

Outrossim, é crucial observar que há obrigação constitucional de legislar no sentido de punir atos discriminatórios. Ora, não bastasse a necessidade social da criminalização de atos homotransfóbicos, evidente em razão do alto índice de crimes de ódio cometidos em razão da orientação sexual e identidade de gênero, há também uma necessidade jurídica, fundada em comando da Constituição Federal, apogeu de todo o ordenamento jurídico.

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

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1988).

Em oposição à criminalização, há quem defenda que não existe necessidade em criminalizar a homotransfobia, ao entendimento que as leis vigentes são suficientes para garantir proteção aos grupos sexualmente minoritários, sendo desnecessário uma especificidade da lei penal (COSTA, 2011, p. 13).

Apesar da controvérsia, nos alinhamos a corrente doutrinária que defende que legislações genéricas são insuficientes na proteção dos direitos da comunidade LGBTQI+. Por se tratar de uma parcela da sociedade que foi historicamente marginalizada, dar-lhes tratamento idêntico é desconsiderar sua vulnerabilidade, por isso é necessário “acertar, na diferença de cuidado jurídico” (ROCHA, 1990, p. 75). Evidenciado a necessidade de especificidade, a ministra Cármen Lúcia (2012) fez importante ponderação no julgamento da ADC nº 19:

Isto tudo - como eu disse - vai contra o que é o constitucionalismo contemporâneo, que, no processo de igualação, funciona para superar a indiferença às diferenças. Não é possível continuar fazendo políticas, e ditas políticas públicas, como se não tivesse de especificar a condição do sujeito. (...) o Direito se encaminha para especificar o sujeito e as condições do sujeito. (BRASIL, 2012).

No voto acima, a ministra da Suprema Corte reportou a necessidade de considerar a condição dos sujeitos na elaboração das leis. Um exemplo desse cenário ocorreu em 2015, quando o feminicídio foi tipificado através da Lei nº 13.104/2015. Ao qualificar o homicídio cometido contra a razão do gênero, o legislador buscou ampliar a proteção a sujeitos específicos, em função do grave histórico de crimes cometidos a determinada parcela social.

A despeito da omissão legislativa em criminalizar atos homotransfóbicos, houve grande impacto no tema em 2019, quando o Supremo Tribunal Federal enquadrando a homotransfobia na Lei 7.716/89 (Lei Antirracismos). Com essa decisão, condutas até então atípicas no direito penal, passaram a obter proteção estatal.

Acerca da ADO nº 26, a ser analisada mais profundamente nos próximos tópicos, é importante que ressaltar que o mecanismo não é competente para sustar a atuação do Poder Legislativo. O próprio STF reconheceu que os efeitos da interpretação deveriam perdurar somente até que sobreviesse lei autônoma editada pelo Congresso Nacional que regulamentasse a matéria. Isto é, o Pretório Excelso não teve como finalidade ser legislador positivo, mas tão somente de garantiu um dever constitucional que estava sendo negligenciado.

4.2 A decisão do Supremo Tribunal Federal e a analogia ao racismo: aspectos jurídicos do entendimento jurisprudencial

Em 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de número 26, reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e transfobia e os enquadrando na Lei 7.716/89 (Lei Antirracismo).

Preliminarmente, antes de entrar no mérito da decisão, é essencial destacar que a equiparação realizada pela Suprema Corte não substitui a necessidade do Congresso Nacional em legislar sobre a criminalização. O próprio STF reconheceu isto, dado que declarou que os efeitos da equiparação perdurariam somente até que sobreviesse lei autônoma editada pelo Congresso Nacional que regulamentasse a matéria. Dito isto, passemos a analisar os aspectos pragmáticos da ADO nº 26.

Após o entendimento jurisprudencial dado pelo STF, houve grande repercussão acerca de sua legalidade. Primeiro porque, ao se deparar com a decisão proferida, pode-se parecer que o órgão de cúpula do Poder Judiciário legislou no sentido de criar

novo tipo penal e, portanto, violou o consagrado princípio da reserva legal, que estabelece não haver crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal. Foi utilizando este argumento que a Associação Nacional de Advogados Evangélicos emitiu uma nota questionando a validade jurídica da ADO nº 26 (SANTANA, 2019, s.p).

Todavia, é crucial lembrar que é atribuição precípua do STF a guarda da Constituição Federal, devendo interpretá-la e garantir a aplicabilidade de suas disposições. Neste sentido, ao interpretar a homotransfobia como espécie do gênero racismo, a Suprema Corte realizou sua função típica, de interpretar leis à luz da Constituição Federal, evitando sujeitar-se à iniciativa de um legislador inerte. Em consideração a esse ponto de vista, argumentou o ministro Luiz Fux (2019):

Mas o Judiciário não está criando uma figura. O Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes.

Dito isto, percebe-se que a atuação da Suprema Corte não consistiu em legislar positivamente, mas tão somente em dar interpretação conforme à Constituição, vez que a mera declaração de mora seria insuficiente na resolução da inconstitucionalidade. Além disso, a interpretação do conceito 'raça' vem sendo interpretada de forma extensiva há bastante tempo (NUCCI, 2013, p. 258-259), sobre este ponto, discorreremos mais no próximo subtópico.

Ademais, é importante destacar que o julgamento da ADO 26º aconteceu em conjunto com o Mandado de Injunção 4.733, devido a ambos serem relativos à mesma matéria. E, em sede de Mandado de Injunção, a Suprema Corte vem adotando a teoria concretista geral, não se limitando a reconhecer a mora legislativa, mas também conferindo o direito até que se edite lei ulterior. Foi o que expôs o ministro Luiz Fux (2019) ao fundamentar a sua decisão no julgamento da ADO nº 26:

Embora não se possa exigir do Poder Judiciário, sobretudo em matéria criminal, a criação de norma provisória capaz de criminalizar conduta, há expressivos precedentes desta Corte, dos quais destaco os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que, valendo-se da teoria concretista, superaram a mera declaração da mora legislativa para edição de norma regulamentadora específica. É medida que se torna ainda mais adequada nos casos em que uma obstrução no canal político tende a perpetuar a omissão inconstitucional.

A ADO de nº 26 também foi alvo de críticas, pois, para muitos juristas, a Suprema Corte teria aplicado analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu. No entanto, não nos parece que o argumento merece prosperar, como já discorrido anteriormente o STF interpretou que, sob a ótica constitucional, o termo raça, para fins de discriminação, abrange os homossexuais e transgêneros. Sob esse ponto, tem-se o preciso magistério:

Nem se fale em utilização de analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém *parecido* com o integrante de determinada *raça*. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de *raça* válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que *racismo* ou, se for preferível, a discriminação ou preconceito de *raça* é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. (NUCCI, 2013, p. 259).

Portanto, superados os argumentos críticos à legalidade da ADO nº 26. Resta-se claro que a Suprema Corte agiu para concretizar um direito constitucional, tendo que adotar um posicionamento de ativismo judicial para sustar a mora inconstitucional do Poder Legislativo. Percebe-se também que a ADO nº 26 não findou a necessidade do legislador em criminalizar os atos homotransfóbicos, apenas o Poder Legislativo tem capacidade para legislar especificamente sobre o tema, considerando suas singularidades.

4.3 Orientação sexual é raça? aspectos pragmáticos da decisão do STF na ADO e a necessidade da legislação sobre o tema

A posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO de nº 26 considerou, por maioria dos votos, que a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero se adequam a concepção de racismo, tal entendimento gerou discussões acerca da conceitualização do termo raça.

Nessa esteira, é fundamental entender que o termo 'raça' carrega consigo uma imprecisão em seu significado, portanto, dimensionar sua amplitude é uma tarefa complexa. Nesse raciocínio, pontua Nucci:

Portanto, *raça* é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. *Raça*, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que,

necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. (NUCCI, 2013, p. 258-259).

Ainda por ocasião do julgamento da ADO nº 26, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se em conformidade ao raciocínio adotado por Nucci, formulando parecer nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XLI e XLII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS A VÍTIMAS DE HOMOFOBIA. MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA. CONFIGURAÇÃO DE RACISMO. LEI 7.716/1989. CONCEITO DE RAÇA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. MORA LEGISLATIVA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O CONGRESSO NACIONAL LEGISLAR.

[...] 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *'in malam partem'*.

Para entender a visão defendida pela PGR e pela maioria dos membros da Suprema Corte, faz-se mister compreender que o racismo se vale de uma divisão entre os seres humanos, construída sob um viés histórico-social, e não biológico, porquanto não existem distinções biológicas que ensejem uma inferioridade dentre os indivíduos. Neste sentido, discorreu o ex-ministro Moreira Alves (2003), através do HC 82.424/RS:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

Em outros termos, o racismo é resultado direto das separações realizadas em detrimento das diferenças inerentes à espécie humana. Todavia, é preciso considerar que estas separações não são cientificamente válidas para segregar os seres humanos em raças, como bem expôs o erudito Celso Lafer (2003), professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos autos do HC 82.424/RS:

Só existe uma 'raça' – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.

Em verdade, a interpretação que ampliou o conceito de racismo foi assentada pelo STF desde 2003, no julgamento do HC 82.424, quando o Pretório Excelso assentou que o racismo alcançaria a discriminação contra judeus, por exemplo.

Portanto, o entendimento da Suprema Corte alinhou-se ao fundamento de que o 'racismo' ocorre por inúmeras distinções discriminatórias, sendo inadequado interpretar o termo 'raça' de forma limitada a apenas um grupo específico de indivíduos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo central do presente trabalho de conclusão de curso foi o de analisar, de forma crítica, as possíveis razões da inércia legislativa na criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas e suas consequências fáticas e jurídicas.

Antes de adentrar de forma específica no tema, buscou-se apresentar os conceitos gerais de orientação sexual, identidade de gênero e homotransfobia.

Após trazer os conceitos e estudos iniciais sobre o assunto, pôde-se perceber que a discussão de gênero têm estado cada vez mais presente nas esferas sociais e a criminalização de condutas discriminatórias contra a comunidade LGBTQIA+ tem sido motor de debate há algum tempo.

No entanto, durante o desenvolvimento da pesquisa evidenciou-se que aspectos como o conservadorismo e a religião seguem sendo os principais argumentos para a não elaboração de uma lei específica.

Nesse contexto, destacamos que a Constituição cidadã de 1988 fortaleceu a atuação do Supremo Tribunal Federal de tal forma que a este passou a competir a obrigação de resolver as controvérsias resultantes de demandas sociais de impacto jurídico quando o poder legislativo se mostrar incapaz de responder de maneira satisfatória, foi nesse cenário que o STF equiparou os crimes de natureza homotransfóbica ao crime de racismo em 2019. Desde então, a legalidade da decisão tem sido bastante questionada.

Nada obstante, a necessidade de o poder judiciário interferir na esfera legislativa se dá justamente pela inércia deste em editar uma Lei cujo objeto é de natureza tão importante.

Por tudo isso, concluímos que as razões para a inércia legislativa restam respaldadas nos (pré)conceitos de uma bancada que é reflexo de uma sociedade fundamentalmente patriarcal e conservadora. Com efeito, as consequências dessa inércia se observam na necessidade do judiciário em interferir na esfera legislativa para garantir a observância de preceitos constitucionais, resultando em questionamentos acerca da legalidade de seus atos, além das dificuldades que a comunidade LGBTQIA+ enfrenta para ter seus direitos garantidos, considerando a ausência de uma lei específica que os protejam.

REFERÊNCIAS

ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+; ANTRA; ABGLT. **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil**: Dossiê 2021. Florianópolis, SC: Acontece, ANTRA, ABGLT, 2022. Disponível em: <<https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BAHIA, A. G. M. F. de M.; SANTOS, D. M. dos. **O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88 : igualdade e liberdade religiosa**. Revista Mandrágora, São Paulo, v. 18, n. 18, p. 5-25, 2012. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/MA/article/viewFile/3228/3319>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BALESTERO, G. S.; BAHIA, A. M. F. de M. Minorias sexuais e homofobia no direito brasileiro: breves delineamentos constitucionais. **Revista Videre**, [S. l.], v. 10, n. 19, p. 148–176, 2018. DOI: 10.30612/videre.v10i19.6829. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/6829>. Acesso em: 24 ago. 2023.

BIANCHETTI, M. **Lula vai encarar muito trabalho com Legislativo conservador**. 30 out. 2022. Disponível em: <<https://diariodocomercio.com.br/economia/lula-tera-trabalho-com-legislativo-com-o-congresso-mais-a-direita/>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

BONFIM, Silvano Andrade do. **Homossexualidade, Direito e Religião: da Pena de Morte à União Estável**. A Criminalização da Homofobia e seus Reflexos na Liberdade Religiosa. Revista Brasileira de Direito Constitucional: Desafios para a continuidade da ordem constitucional, São Paulo, pp. 71-103, jul-dez. 2011. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/259/252>. Acesso em: 19 jul. 2023..

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 19 jul. 2023

BRASIL. Ministério da Saúde. **Conteúdo para profissionais de Saúde/Trabalhadores do SUS**. CUIDAR BEM DA SAÚDE DE CADA UM: Faz bem para todos. Faz bem para o Brasil., Brasília, DF: Editora MS, 1ª edição, 2016. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cuidar_bem_saude_populacao_trans.pdf. Acesso em: 24 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS – Rio Grande do Sul**. Relator: Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília, DF: 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 19 jul. 2023.

CARDOSO, Priscila. **Brasil é o país que mais mata pessoas da comunidade LGBTQIA+ no mundo**. Agência de Notícia das Favelas, 2021. Disponível em <https://www.anf.org.br/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-pessoas-da-comunidade-lgbtqia-no-mundo/>>. Acesso em: 18. dez. 2022.

CARVALHO, Maria Eulina Pessoa de; ANDRADE, Fernando César Bezerra de; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Gênero e Diversidade Sexual: Um glossário**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2009. 56 p. Disponível em: <https://www.ufpb.br/escolasplurais/contents/noticias/didaticos/genero-e-diversidade-sexual-um-glossario>. Acesso em: 9 jul. 2023.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.265/2019**. [S. l.], 9 jan. 2020. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>. Acesso em: 28 fev. 2023.

COSTA, Helena Lobo da. In: **O Brasil deve criminalizar a homofobia?** Jornal do Advogado. ano 36. n. 359. mar. 2011. Disponível em: <https://issuu.com/oabsp/docs/359>. Acesso em: 24 ago. 2023.

DESLANDES, Keila. **Homotransfobia e direitos sexuais**. Grupo Autêntica, 2018. E-book. ISBN 9788551303078. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788551303078/>. Acesso em: 17 set. 2022.

DOS SANTOS, M. G. **A HOMOTRANSFOBIA E SUA RELAÇÃO COM O SERVIÇO SOCIAL: RELATO DE EXPERIÊNCIA**. Revista Prâksis, [S. l.], v. 2, p. 160–167, 2016. DOI: 10.25112/rp.v2i0.425. Disponível em:

<https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/425>. Acesso em: 23 jul. 2023.

DOS SANTOS, M. G. **A HOMOTRANSFOBIA E SUA RELAÇÃO COM O SERVIÇO SOCIAL: RELATO DE EXPERIÊNCIA**. Revista Prâksis, [S. l.], v. 2, p. 160–167, 2016. DOI: 10.25112/rp.v2i0.425. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/425>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo. Editora Saraiva, 2016. 9788547210571. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

FERRÃO, Dalcira; CARVALHO, Lucas Henrique de; COACCI, Thiago (org.). **Psicologia, gênero e diversidade sexual**: saberes em diálogo. Belo Horizonte, MG: Conselho Regional de Psicologia/MG, 2019. 296 p. ISBN 978-85-98515-23-6.

HOWES, Robert. **João Antônio Mascarenhas (1927-1998)**: pioneiro do ativismo homossexual no Brasil. Cadernos AEL, v. 10, n. 18/19, 2010. Disponível em: <https://ojs.ifch.unicamp.br/index.php/ael/article/download/2516/1926>. Acesso em: 16 jul. 2023.

KESKE, H. A. G.; MARCHINI, V. C. **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA**. Revista Prâksis, [S. l.], v. 2, p. 34–56, 2019. DOI: 10.25112/rpr.v2i0.1761. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/1761>. Acesso em: 27 jun. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Vol. 1. ed. 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Adriana Vidal. **As discussões sobre gênero no final do século XX e seus impactos na Constituição de 1988**. Seminário Internacional Fazendo Gênero (10: 2013: Florianópolis, SC) Fazendo gênero 10: desafios atuais dos feminismos: anais eletrônicos [recurso eletrônico] / Seminário Internacional Fazendo Gênero; Org. Jair Zandona - Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2013. Disponível em: http://www.fg2013.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/20/1373330798_ARQUIVO_AsdiscussoessobregeneronofinaldoseculoXXeseusimpactosnaConstituicao1988-versaofinal.pdf> Acesso em: 27 jun. 2023.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (orgs.). **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil**: relatório 2021. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2022. (Relatórios do Grupo Gay da Bahia, GGB). Disponível em: <<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2022/03/mortes-violentas-de-lgbt-2021-versao-final.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2023.

SCHURGELIES, Vinicius. Conservadorismo. In: ORTEGA, Any; SILVA, Stanley (org.). **Dicionário de Conceitos Políticos**: Instituto do Legislativo Paulista. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, 2020. 183 p. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/24369_arquivo.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. [S. l.], 1603. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>. Acesso em: 19 nov. 2022.

SANTANA, Uziel. Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure); **Nota Pública sobre o julgamento da ADO 26, referente à criminalização da homofobia e transfobia**. Brasília, DF, 11 fev. 2019. Disponível em: <https://www.anajure.org.br/wp-content/uploads/2019/02/NotaP%A3blica.ADO26.Criminaliza%87%C6o.Homofobia.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2023.

SANTOS, T. P. dos; CARVALHO, G. M. de. Assexualidade: orientação ou disfunção sexual? / Assexuality: sexual orientation or dysfunction?. **Brazilian Journal of Health Review**, [S. l.], v. 2, n. 4, pp. 2709–2728, 2019. DOI: 10.34119/bjhrv2n4-042. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BJHR/article/view/1976>. Acesso em: 17 jul. 2023.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso**: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2002.

TREVISAN, João Silvério. Por que conservadores temem tanto as cores do arco-íris?: A população LGBT segue tomando espaço na democracia brasileira, através de ações disseminadas por toda parte, que comprovam seu amadurecimento político. **Veja**, [S. l.], 2 out. 2018. Disponível em: <https://complemento.veja.abril.com.br/pagina-aberta/por-que-conservadores-temem-tanto-as-cores-do-arco-iris.html>. Acesso em: 24 ago. 2023.

WOOD, Gary W. **A psicologia do gênero**. [Digite o Local da Editora]: Editora Blucher, 2021. E-book. ISBN 9786555062168. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555062168/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SILVA, Renan Antônio da. Homossexuais: entre as conquistas e a força conservadora dos preconceitos. *Revista Educação e Emancipação*, São Luís, v. 10, n. 4, ed. especial, set./dez. 2017