



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

BRENDA SOARES DE OLIVEIRA

**POPULAÇÃO LGBTQIA+ E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: UMA
ANÁLISE DOS FATORES QUE RESULTARAM NA PROPOSITURA DA ADO 26/DF**

**BRASÍLIA
2022**

BRENDA SOARES DE OLIVEIRA

**POPULAÇÃO LGBTQIA+ E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: UMA
ANÁLISE DOS FATORES QUE RESULTARAM NA PROPOSITURA DA ADO 26/DF**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**BRASÍLIA
2022**

BRENDA SOARES DE OLIVEIRA

POPULAÇÃO LGBTQIA+ E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS FATORES QUE RESULTARAM NA PROPOSITURA DA ADO 26/DF

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

CIDADE, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

POPULAÇÃO LGBTQIA+ E A OMISSÃO DO ESTADO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DOS FATORES QUE RESULTARAM NA PROPOSITURA DA ADO 26/DF

Brenda Soares de Oliveira

RESUMO: O presente artigo discorre sobre o atual cenário da população LGBTQIA+ no Brasil, demonstrando as constantes violações dos direitos fundamentais e liberdades individuais dos integrantes dessa comunidade por meio de dados estatísticos e pesquisa bibliográfica, e como o Estado brasileiro é omissor na proteção dessas pessoas. São apresentados os dispositivos legais contidos na legislação brasileira e nos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil que deveriam impelir o Estado brasileiro a legislar acerca desse tema. Também são indicados os programas e ações do executivo brasileiro que deveriam impulsionar a criação e promoção de políticas públicas direcionadas à essa população, mas na verdade se revelam ineficazes diante das violências vivenciadas pela comunidade LGBTQIA+, além de ponderação acerca dos projetos de lei inertes no Congresso Nacional sobre o tema. É realizada uma análise jurisprudencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26), efetuando considerações acerca da sua propositura, dos pedidos elencados e do resultado dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, assim como ponderações a respeito das críticas e problemáticas levantadas a partir da equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo.

Palavras-chave: Direito constitucional; Direitos humanos; LGBTQIA+; Omissão inconstitucional; ADO 26.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITOS HUMANOS NA LEGISLAÇÃO; 2.1 Constituição Federal; 2.2 Tratados e Convenções Internacionais; 3. ESTATÍSTICAS DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA E TRANSFÓBICA; 4. INEFICÁCIA E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO REFERENTE À PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTQIA+; 4.1 Programas e ações do governo voltados para a população LGBTQIA+; 4.2 Projetos de lei e emendas constitucionais sobre a criminalização da homotransfobia; 5. ADO 26; 5.1 Propositura e pedidos da parte autora; 5.2 Votação dos ministros; 5.3 Críticas ao julgamento da ADO; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que será apresentada neste artigo trata sobre os elementos que levaram à propositura da ADO 26, por meio de estudos ligados, principalmente, aos direitos humanos e ao direito constitucional.

Com o auxílio dos dispositivos encontrados na legislação brasileira e na internacional, juntamente com dados estatísticos que revelam o cenário preocupante vivenciado pela comunidade em destaque neste artigo, será realizada uma análise para evidenciar a omissão inconstitucional do Estado brasileiro em relação à tutela dos direitos e liberdades da população LGBTQIA+ no país, que culminou na elaboração da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, votada em 2019 pelo STF, que equiparou a homofobia e a transfobia ao crime de racismo.

As ponderações acerca do tema que este artigo desenvolverá, levam à seguinte reflexão: **como é constituída a omissão inconstitucional do Estado brasileiro em relação à comunidade LGBTQIA+?**

Como hipótese inicial desta pesquisa, considera-se que é necessário que o país execute elaboração de leis específicas que regulamentem acerca do tema, garantindo a efetiva proteção da vida, liberdade e segurança dos participantes da população em destaque, em especial, lei específica que criminalize os atos de homotransfobia e outros atos atentatórios às liberdades sexuais e individuais de cada cidadão.

O objetivo geral do artigo é analisar os elementos que comprovam a omissão inconstitucional e o descaso do Estado em relação à comunidade LGBTQIA +, o que acabou findando na proposta da ADO 26.

Como objetivos específicos, são elencados os quatro seguintes: observar as normas existentes na legislação brasileira e nos tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil que versam sobre os direitos humanos; expor os dados estatísticos que demonstram a vulnerabilidade da população em foco neste artigo; citar os programas, ações e políticas públicas do governo enfocados na comunidade, juntamente com os projetos de lei e emendas constitucionais sobre o mesmo assunto; e por fim, examinar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, considerando a sua causa de pedir, os votos e as críticas direcionadas à ela.

A reflexão acerca do tema é de extrema importância tendo em vista a indefensabilidade da comunidade LGBTQIA + diante dos mais diversos tipos de violência e crueldades vivenciados. Ao longo dos anos surgiram incontáveis casos que exemplificam o preconceito e a discriminação experienciados por esse grupo motivados apenas pelo fato das

vítimas possuírem orientações sexuais ou identidades de gênero diferentes da maioria, o que evidenciam claras transgressões aos direitos humanos e às garantias fundamentais, previstas na Carta Magna.

Diante do exposto, levando em consideração também os números que colocam o Brasil nas primeiras posições em rankings de violência contra a população LGBTQIA+, a lacuna legislativa no tocante ao resguardo dessa população, diante dos fatos apresentados, representa uma substancial falha do Estado brasileiro.

Como mencionado anteriormente, o presente tema alude à conservação dos direitos humanos e também ao direito constitucional por tratar de normas e princípios existentes na constituição, podendo trazer acréscimos a essas áreas já que será analisada a concretização dessas determinadas leis na realidade, procurando enriquecer o debate sobre a omissão inconstitucional do governo ao não materializar aquilo que o mesmo legisla, além de retratar também observação ao direito penal, já que será tratada a criminalização da homofobia e transfobia.

Para a confecção do presente artigo serão utilizadas as próprias normas constitucionais que aludem aos direitos e garantias fundamentais, assim como disposto em dispositivos legais contidos em convenções e tratados internacionais. Os artigos também utilizados na formação do texto versam sobre os direitos humanos e também trazem análises acerca dos princípios e dispositivos constitucionais.

Os dados estatísticos que serão utilizados neste artigo foram retirados de relatórios e pesquisas feitos por associações e organizações que focam na população LGBTQIA+, na defesa dessa população e na luta pela sua representatividade, também em outros estudos focados nesta população. Da mesma forma, serão colocados os documentos elaborados pelo governo em programas e ações destinados à referida população e também a jurisprudência da Suprema Corte.

A metodologia utilizada será a pesquisa dogmática-instrumental, por meio de legislação que versa sobre âmbitos que tocam os direitos humanos e os direitos da comunidade LGBTQIA+, assim como precedentes judiciais que abordam o mesmo assunto. A pesquisa documental se dará pelos relatórios feitos pelo governo, como por exemplo no documento que carrega as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos II e III.

O presente artigo se incubirá de utilizar o alegado pela parte autora para discorrer sobre os motivos da proposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e os fatores que corroboram com a tese de omissão do Estado brasileiro pela falta de criminalização da homotransfobia, não assegurando a discussão aprofundada sobre a garantia

ou a promoção de outros direitos da população LGBTQIA+ ao longo da história da política brasileira, constituindo foco na criminalização da homofobia e da transfobia no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26.

O primeiro capítulo irá expor os dispositivos legais presentes da Carta Magna do Brasil e também presentes nos tratados e convenções internacionais assinados pelo Estado brasileiro, no intuito de justificar a omissão inconstitucional do Brasil na lacuna legislativa da criminalização da homofobia e transfobia, mostrando normas que em tese imporiam ao Congresso Nacional que fosse efetivada legislação para tal.

Em seguida, a necessidade de proteção da população LGBTQIA+ pelo governo federal será fundamentada por estatísticas que demonstram a vulnerabilidade desta população em diversos setores da sociedade, incluindo, por exemplo, o número de assassinatos violentos de integrantes dessa população ao longo dos anos.

O capítulo seguinte se incumbirá de mostrar a omissão do Estado por meio dos programas e ações voltados para a população que não estimularam significantes alterações na esfera legislativa, especificamente da tipificação penal, mesmo com programas que contenham propostas que apontam para tal e, nesse sentido, indicar propostas legislativas objetivando a criminalização da homotransfobia e temas concernentes que foram frustradas ou encontram-se inertes no Congresso Nacional.

No último capítulo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26, foco deste artigo, é detalhada por meios de análises específicas da propositura da ação e dos pedidos da parte autora, da votação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, discriminando as teses fixadas por esta Corte no julgamento da ação e ao final, as críticas feitas à conclusão do referido julgamento e resultado desta ação.

2 DIREITOS HUMANOS NA LEGISLAÇÃO

2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Magna brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88)¹, foi promulgada em 1988, ficando conhecida como Constituição Cidadã. Ela teve seu desenvolvimento após a ditadura militar, representando o encerramento desse período e a

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 maio de 2022.

estruturação da redemocratização no país, procurando assentar bases estáveis para a consolidação dessa estrutura política para a superação de possíveis futuras crises políticas e também visando garantir os direitos e liberdades dos cidadãos brasileiros². Diante das violações de direitos vivenciadas nos 21 anos do regime militar brasileiro que antecederam a elaboração desse texto constitucional, como as torturas e o cerceamento ao direito de liberdade de expressão por exemplo, a nova Constituição se preocupa em assegurar os direitos humanos, a liberdade e a redução, ou tentativa de redução, das desigualdades sociais, trazendo a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o pluralismo político como alguns dos fundamentos do Estado (art. 1º, II, III e V) e constituindo o Brasil como Estado Democrático de Direito. (art. 1º, *caput*), o que caracteriza claramente o disposto por Flávia Piovesan:

“Vê se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora”.³

Ainda se tratando do relacionamento da Constituição de 1988 e da preservação e garantia dos direitos humanos no Brasil, é importante se atentar ao Artigo 3º que discorre sobre os objetivos fundamentais da República Brasileira, dentre eles a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização para a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação (art. 3º, I, III e IV) e ainda ao Artigo 5º, XLI, que carrega em sua redação que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, sendo eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A prevalência dos direitos humanos aparece no Artigo 4º, II, da Constituição Federal, sendo um dos princípios norteadores das relações internacionais no Brasil.

Diante dos artigos e incisos expostos, é evidente a preocupação da Carta com os grupos vulneráveis e minorias. Uma amostra disso são as normas específicas que visam o combate e a penalização do racismo, no Artigo 4º, inciso VIII, com o repúdio ao terrorismo e ao racismo como um dos princípios regentes das relações internacionais brasileiras e na constiuição do racismo como crime inafiançável e imprescritível, sendo sujeito à pena de

² SCHWARCZ, Lilia Moritz e STARLING, Heloísa Murgel. Brasil: Uma Biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 488.

³ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas e direitos humanos. Revista USP, n. 69, p. 36-43, 2006.

preclusão (art. 5º, XLII). O artigo 5º, I, da CF, carrega a preservação da igualdade entre os ambos os sexos, revelando assim atenção às mulheres como grupo socialmente vulnerável que necessitam de cuidado próprio do Estado por serem historicamente e socialmente oprimidas pelo sexo masculino.

2.2 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Além de trazer no corpo de sua própria legislação inúmeras disposições convenientes à proteção e à garantia dos direitos humanos e direitos fundamentais, o Brasil também é signatário de diversas convenções e tratados internacionais que versam sobre os direitos humanos, como o Pacto de San José da Costa Rica (promulgado no Brasil em 6 de novembro de 1992 pelo Decreto nº 678), também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, que apresenta uma série de dispositivos legais adeptos à preservação dos Direitos Humanos, em especial o Direito à vida (art. 4); Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral (art. 5); Direito de Proteção à Honra e à Dignidade (art. 11); Liberdade de Pensamento e de Expressão (art. 13); Direito de Igualdade e de Não Discriminação (art. 24). Em se tratando do referido Pacto, vale ressaltar também o determinado nos dois primeiros artigos desta Convenção:

ARTIGO 1 - Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

ARTIGO 2 - Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.⁴

Em vista dos artigos mencionados acima, é possível inferir que o Pacto assinado pelo Brasil cria o comprometimento do país a adoção de medidas legislativas que garantam o respeito aos direitos e liberdades contidos no Pacto, sem discriminações por motivos de qualquer natureza.

⁴ BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Diário Oficial da União. DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 24 maio de 2022.

Para adicionar mais um exemplo de tratado internacional no qual o Brasil seja signatário, é possível citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), proclamada em 1948 na Assembleia Geral das Nações Unidas, que carrega em seu segundo artigo o seguinte:

Artigo 2º - Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.⁵

Portanto, diante de todos os dispositivos legais mencionados anteriormente, sejam eles normas nacionais ou internacionais, é possível que seja inferido que no Brasil todos os cidadãos devem ser tratados igualmente, possuindo os mesmos direitos e deveres, sem qualquer tipo de discriminação, garantindo a qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no país a garantia de sua vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, se coibindo qualquer forma de discriminação.

Entretanto, o que se observa no Brasil é um panorama de marginalização e discriminação de diversos grupos vulneráveis, podendo esse conceito ser entendido por meio do disposto por Fabiano Melo de Gonçalves Oliveira sobre o comportamento desses grupos:

Uma singularidade, característica, aspecto cultural ou social ensejam que esses grupos sofram condutas atentatórias à dignidade inerente. Inobstante a previsão formal de seus direitos (civis, políticos, sociais etc.), o exercício e a fruição correspondentes são dificultados ou impedidos por ações, omissões e comportamentos de índole discriminatória. Como exemplo, as mulheres – um dos mais significativos grupos vulneráveis – que, apesar dos avanços formais no reconhecimento de seus direitos nas últimas décadas, são vítimas ordinárias de atos de violação de seus direitos, como a violência doméstica, as discriminações no mercado de trabalho e em outras esferas. Ou ainda, as pessoas com deficiência, com um quadro de restrições e óbices no exercício de direitos, como a recusa de adaptação razoável, de acessibilidade e outras formas de discriminação etc.⁶

Em outra conceituação de grupos vulneráveis, Mazario entende que “[...] são aqueles que sofrem uma discriminação e se caracterizam por ser uma seção não dominante da população dos Estados.”⁷

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 maio de 2022.

⁶ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Direitos humanos. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

⁷ CONTRERAS MAZARIO, José Maria. Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorías Religiosas, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 198.

Diante dos conceitos expostos, grupos vulneráveis podem ser entendidos como um grupo de pessoas que possuem determinada singularidade em comum e sofrem constantes violações aos seus direitos e à sua dignidade devido a esse aspecto. Podem ser citados como exemplos, as mulheres, as pessoas deficientes, idosos e, do grupo de que se tratará o presente artigo, a comunidade LGBTQIA+ (sigla para lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexo, assexual, entre outras formas de orientações sexuais e identidades de gênero que não seguem o padrão cis-heteronormativo).

Relacionando a proteção dos direitos humanos com o tema da orientação sexual e da identidade de gênero, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu, em 2011, que leis, ações ou omissões governamentais contrários à população LGBTQIA+ traduzem violação da DUDH, documento no qual o Brasil é signatário, ratificando os princípios da igualdade e da não discriminação, por meio do documento *Leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra indivíduos baseados em sua orientação sexual e identidade de gênero*⁸. No referido documento, são enumeradas as situações discriminatórias e violentas nas quais são submetidos os membros dessa comunidade ao redor do mundo, trazendo inclusive recomendações aos Estados-parte.

3 ESTATÍSTICAS DA VIOLÊNCIA HOMOFÓBICA E TRANSFÓBICA

No Brasil, os dados levantados sobre a violência contra essa comunidade revelam um cenário crítico. O Grupo Gay da Bahia (GGB)⁹ constatou por meio de pesquisas que no ano de 2017, a cada 20 horas, morria uma pessoa vítima de homofobia ou transfobia no Brasil, foram 445 mortes naquele ano, o que representou um aumento de 16% em relação ao ano anterior. No ano de 2018 o número caiu para 420, porém, apesar da queda, continuou representando uma quantidade expressiva¹⁰. Nos anos seguintes esse número se alterou para

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). A/HRC/19/41. Leis Discriminatórias, Práticas e Atos de Violência Contra Indivíduos em Razão de sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/75/PDF/G1117075.pdf?OpenElement>. Acesso em: 24 maio de 2022.

⁹ “O Grupo Gay da Bahia é a mais antiga associação de defesa dos direitos humanos dos homossexuais no Brasil. Fundado em 1980, registrou-se como sociedade civil sem fins lucrativos em 1983, sendo declarado de utilidade pública municipal em 1987. (...) O GGB é uma entidade guarda-chuva que oferece espaço para outras entidades da sociedade civil que trabalham em áreas similares, especialmente no combate a homofobia e prevenção do HIV e aids entre a comunidade e a população geral.”. O que é o GGB (nossa história). Disponível em: <https://grupogaydabahia.com/about/o-que-e-o-ggb-nossa-historia/>. Acesso em 25 maio de 2022.

¹⁰ MORAIS, Pâmela. LGBTfobia no Brasil: fatos, números e polêmicas. Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>. Acesso em: 25 maio de 2022.

329 mortes violentas em 2019¹¹, 237 em 2020¹² e 300 em 2021¹³. Sendo importante ressaltar que a queda de mortes violentas motivadas por homofobia ou transfobia apontada na passagem do ano de 2019 para 2020 muito se deve ao efeitos causados pela pandemia do Coronavírus (SARS-CoV-2), que obrigou a população brasileira por completo a adotar medidas de prevenção e praticar o isolamento social por quase dois anos, mantendo, durante todo esse período, as pessoas dentro de suas residências, reduzindo assim a mobilidade das mesmas.

Segue abaixo o gráfico que ilustra a sequência do número de mortes violentas da população LGBTQIA+ no Brasil ao longo de vinte e um anos, retirado do Relatório de mortes violentas LGBT+ 2021, publicado pelo GGB:

GRÁFICO 1: MORTES VIOLENTAS DE LGBT+ NO BRASIL



(FONTE: GGB, 2022)

¹¹ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz (orgs.). Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia. – Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

¹² GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; AYRES, Carla Simara; SOUZA, Willians Ventura; SILVA, Kayque Virgens. Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia; . – 1. ed. - Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>. Acesso em: 25 maio de 2022.

¹³ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. Mortes violentas de LGBT+ no Brasil: relatório 2021. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2022. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2022/03/mortes-violentas-de-lgbt-2021-versao-final.pdf>. Acesso em 25 maio de 2022.

Diante do gráfico, é possível destacar também a expressiva crescente de mortes violentas motivadas pela homofobia e transfobia nos últimos 10 anos. Ao se comparar os números levantados nos anos que se seguiram depois da virada do século em 2000 e os números colhidos 10 anos depois, o número de mortes em algumas viradas de ano chegou a dobrar, evidenciando mais uma vez a ineficácia do Estado brasileiro em tutelar os direitos e liberdades dessa comunidade no país e que, mesmo com algumas vitórias para a comunidade, como o reconhecimento no STF da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar em 2011, ainda é um passo muito pequeno perto do que necessita ser concretizado no Brasil para se freiar a violência contra a população LGBTQIA+.

Outro indicativo do degradante contexto vivido pela comunidade LGBTQIA+ no Brasil é o fato de que somos o país que mais mata transgêneros no mundo. De acordo com o relatório da Transgender Europe (TGEU)¹⁴, de outubro de 2020 até setembro de 2021 foram contabilizados 375 assassinatos de pessoas trans no mundo inteiro, sendo que 125 dessas mortes aconteceram em solo brasileiro, representando assim 45% do total. O cenário descrito confere ao Brasil, pela 13ª vez consecutiva, o vergonhoso topo da lista de países que mais assassinam pessoas trans¹⁵.

As pessoas trans e travestis representam a parte mais vulnerável da sigla e é possível corroborar esse fato a partir de dados retirados das mais diversas pesquisas realizadas em diferentes setores da sociedade. Como exemplo, além da pesquisa citada acima sobre o exorbitante número de assassinatos de pessoas transgêneros no Brasil, podemos mencionar a pesquisa realizada pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais - ANTRA, que divulgou que 90% das pessoas trans precisam recorrer ou já recorreram à prostituição em algum momento da vida como fonte de renda e como única forma de subsistência¹⁶. Uma das mais determinantes causas dessa hostil realidade são as escassas oportunidades oferecidas às pessoas trans para ingressarem no mercado de trabalho formal, sendo importante também ressaltar que existe insuficiência de qualificação profissional dessas pessoas devido a exclusão social, escolar e familiar que enfrentam.

¹⁴ Transgender Europe é uma rede de diferentes organizações que trabalham para combater a discriminação contra pessoas trans e apoiar os direitos das pessoas trans.

¹⁵ ANDES. O Brasil segue na liderança dos assassinatos de pessoas trans no mundo, 2021. Disponível em: <https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/brasil-segue-na-lideranca-dos-assassinatos-de-pessoas-trans-no-mundo1>. Acesso em: 25 mai. 2022.

¹⁶ SILVA, Vitória Régia. Transfobia ainda é obstáculo para o acesso de pessoas trans ao mercado formal de trabalho. Gênero e número, 2017. Disponível em: <https://www.generonumero.media/projetos-buscam-promover-inclusao-de-pessoas-trans-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em 13 ago. de 2022.

Mesmo com a violência física já representando números significativos, a violência psicológica é a forma de agressão mais recorrente entre os membros desta comunidade, se concretizando por meio das ameaças, humilhações e também pelo bullying. Sobre este último, uma pesquisa feita em 2016 revelou que 73% dos estudantes LGBTQIA+ já sofreram algum tipo de agressão verbal no ambiente escolar e 36% já sofreram agressão física. Essa mesma Pesquisa Nacional sobre o Ambiente Educacional no Brasil¹⁷ divulgada em 2016, onde foram ouvidos 1.016 estudantes que frequentaram a escola no ano anterior, também apontou que mais da metade dos alunos que sofreram de agressão física ou verbal recorrentemente faltavam às aulas devido a isso e também apresentaram menor rendimento escolar comparado aos estudantes que não sofreram das mesmas violações frequentemente. Foi constatado que 60% dos alunos que participaram desta pesquisa declararam que não se sentiam seguros no ambiente escolar por terem orientações sexuais ou identidades de gênero diferentes da maioria.

No que diz respeito ao tema da pandemia, uma pesquisa realizada pelo #VoteLGBT¹⁸ juntamente com a Box1824, agência de pesquisa, revelou que 55,1% dos mais de 7 mil consultados (integrantes LGBTQIA+ das classes B e C, espalhados nas cinco regiões do país) tiveram um agravamento da saúde mental no período da pandemia, principalmente devido ao afastamento das redes de apoio próximas em consequência das necessárias medidas de distanciamento social, e também, pela falta de ajuda profissional. Essa situação só destacou ainda mais a falta de políticas públicas de apoio à essa comunidade.¹⁹

Ainda sim, o tratamento de dados que esquematizam a ocorrência dos crimes contra pessoas LGBTQIA+ são lentos e de baixa qualidade, podendo significar uma subnotificação desses casos, o que torna possível que esses números sejam na realidade maiores do que os apresentados. Além disso, a incidência dessa subnotificação também pode ser devida à situação de marginalidade, econômica e social, de muitos desta população, acarretando a dificuldade de acesso à assistências jurídicas especializadas para a garantia e preservação dos seus direitos. A crença na impunidade dos agressores e a descaracterização formal da natureza

¹⁷ TOKARNIA, Mariana. Mais de um terço dos alunos LGBT sofreram agressão física na escola, diz pesquisa: Estudantes que são alvo de preconceito têm pior desempenho escolar. Agência Brasil, 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-11/mais-de-um-terco-de-estudantes-lgbt-ja-foram-agredidos-fisicamente-diz>. Acesso em: 27 mai. 2022.

¹⁸ Organização formada em 2014 com o intuito de aumentar a representatividade LGBT+ nas mais diversas esferas da sociedade, principalmente na esfera política.

¹⁹ ROCHA, Lucas. 55% da população LGBTQIA+ teve piora na saúde mental na pandemia, diz estudo. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/55-da-populacao-lgbtqia-teve-piora-na-saude-mental-na-pandemia-diz-estudo/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

homofóbica ou transfóbica das agressões sofridas também podem ser causas desta subnotificação.

Sobre a coleta de dados, organizações como o Grupo Gay da Bahia (GGB) e a Aliança Nacional LGBTQIA²⁰ já fizeram solicitações, em 2000 e 2020, respectivamente, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para que fossem incluídas no censo brasileiro perguntas referentes à população LGBTQIA+. Em junho de 2022, O IBGE comunicou que seria inviável incluir os campos de “identidade de gênero” e “orientação sexual”, mesmo depois de determinação judicial para tal, no censo de 2022. O instituto informou que não seria possível incluir tais campos “com técnica e metodologia responsáveis e adequadas - muito menos com os cuidados e o respeito que o tema e a sociedade merecem”²¹ e também que essa inclusão causaria aditamento da pesquisa e aumento dos custos. As organizações já citadas, que realizaram solicitações acerca da presença da população LGBTQIA+ no censo, defendem que uma pesquisa de tamanha relevância poderia auxiliar no processo de criação de políticas públicas voltadas para essa população e que essa falta de dados contribui para a marginalização e impede a garantia do direito de igualdade.

Todos os números mostrados anteriormente evidenciam que as políticas públicas e planos adotados pelo governo federal que versam sobre a proteção da população LGBTQIA+ no Brasil são ineficazes contra às transgressões dos direitos e liberdades desta população.

4 INEFICÁCIA E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO REFERENTE À PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTQIA+

4.1. PROGRAMAS E AÇÕES DO GOVERNO VOLTADOS PARA A POPULAÇÃO LGBTQIA+

Sobre as ações adotadas pelo Poder Executivo focadas especificamente nesta comunidade, Mello, Avelar e Maroja (2012) citam quatro exemplos, sendo o primeiro deles o programa Brasil Sem Homofobia (BSH), lançado em 2004, possuindo como objetivos o apoio

²⁰ “A Aliança Nacional LGBTI+ é uma organização da sociedade civil, pluripartidária e sem fins lucrativos. Teve seu registro formal em 2003, passando a atuar como uma rede em 30 de maio de 2009, inicialmente na forma de uma lista de discussão na internet. Em 2016, deu início à organização do seu trabalho de promoção e defesa dos direitos humanos e cidadania, em especial da comunidade LGBTI+, nos estados brasileiros através de parcerias com pessoas físicas e jurídicas.” Aliança Nacional LGBTI+. Sobre nós. Disponível em: <https://aliancagbti.org.br/sobre/>. Acesso em: 06 ago. 2022.

²¹ IBGE. Sobre a decisão da Justiça Federal do Acre, o IBGE informa, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques.html?destaque=34041>. Acesso em 06 ago. 2022.

a projetos de fortalecimento de instituições públicas e não-governamentais que atuam na promoção da cidadania homossexual e/ou no combate à homofobia; a capacitação de profissionais e representantes do movimento homossexual que atuam na defesa de direitos humanos; a disseminação de informações sobre direitos, de promoção da auto-estima homossexual e o incentivo à denúncia de violações dos direitos humanos do segmento GLTB²². Como segundo exemplo, os autores apontam a I Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais²³, realizada em 2008, com o tema "Direitos humanos e políticas públicas: o caminho para garantir a cidadania de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)", tendo como propósito a definição de diretrizes para a instituição de políticas públicas e do plano nacional de promoção da cidadania e direitos humanos, e também o levantamento de estratégias que consolidam o programa BSH.

Posteriormente, os autores citam o fomento do "Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais" (PNDCDH-LGBT) em 2009, que carrega os seguintes objetivos em seu texto:

3.1 Geral

Orientar a construção de políticas públicas de inclusão social e de combate às desigualdades para a população LGBT, primando pela intersetorialidade e transversalidade na proposição e implementação dessas políticas.

3.2 Específicos

3.2.1. Promover os direitos fundamentais da população LGBT brasileira, de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dispostos no art. 5º da Constituição Federal;

3.2.2. Promover os direitos sociais da população LGBT brasileira, especialmente das pessoas em situação de risco social e exposição à violência;

3.2.3. Combater o estigma e a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero.²⁴

E como último exemplo, os autores indicam a publicação do decreto que cria o "Programa Nacional de Direitos Humanos 3" (PNDH-3)²⁵, também em 2009, que carrega

²² CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 30 maio de 2022.

²³ CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. 1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT), 2007. Disponível em: http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?infoid=3541&sid=3&UserActiveTemplate=_BR. Acesso em: 30 maio de 2022.

²⁴ BRASIL. Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos dos LGBT. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília. 2009. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Plano%20Nacional%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Cidadania%20e%20Direitos%20Humanos%20LGBTI.pdf>. Acesso em: 30 maio de 2022.

²⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos III. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH3.pdf>. Acesso em 13 ago. 2022.

diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas que visam a preservação dos direitos humanos. Entre eles, podemos destacar as ações programáticas que discorrem sobre a realização de campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos relacionados, entre outras diferenças, às diferenças de orientação sexual, e a elaboração de diretrizes para políticas de prevenção à violência para o reconhecimento das diferenças geracionais, étnico-racial, de gênero e de orientação sexual. A Diretriz 13 do PNDH-3 se intitula “Prevenção da violência e da criminalidade e profissionalização da investigação de atos criminosos” e o seu Objetivo estratégico V é direcionado para a redução da violência por diferenças de gênero, raça ou etnia, idade, orientação sexual e situação de vulnerabilidade, sendo relevante também destacar a “Diretriz 10: Garantia da igualdade na diversidade”, em especial o “Objetivo estratégico V: Garantia do respeito à livre orientação sexual e identidade de gênero.”

Assim como no PNDH-3, no anterior "Programa Nacional de Direitos Humanos 2" (PNDH-2), em 2002, também são encontradas diversas propostas voltadas para a promoção e proteção dos direitos humanos, em particular, voltadas para a população LGBTQIA+. Dentre elas, existe um bloco específico com cinco propostas que tratam sobre orientação sexual:

- 114. Propor emenda à Constituição Federal para incluir a garantia do direito à livre orientação sexual e a proibição da discriminação por orientação sexual.
- 115. Apoiar a regulamentação da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e a regulamentação da lei de redesignação de sexo e mudança de registro civil para transexuais.
- 116. Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual.
- 117. Excluir o termo 'pederastia' do Código Penal Militar.
- 118. Incluir nos censos demográficos e pesquisas oficiais dados relativos à orientação sexual.²⁶

Além das propostas elencadas acima, o foco na população LGBTQIA+ é retomado em outras propostas dispersas no texto do Programa, principalmente no bloco denominado “Gays, Lésbicas, Travestis, Transexuais e Bissexuais GLTTB” que engloba as seguintes propostas:

- 240. Promover a coleta e a divulgação de informações estatísticas sobre a situação sócio-demográfica dos GLTTB, assim como pesquisas que tenham como objeto as situações de violência e discriminação praticadas em razão de orientação sexual.
- 241. Implementar programas de prevenção e combate à violência contra os GLTTB, incluindo campanhas de esclarecimento e divulgação de informações relativas à legislação que garante seus direitos.
- 242. Apoiar programas de capacitação de profissionais de educação, policiais, juizes e operadores do direito em geral para promover a compreensão e a consciência ética

²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos II. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH2.pdf>. Acesso em: 14 ago. de 2022.

sobre as diferenças individuais e a eliminação dos estereótipos depreciativos com relação aos GLTTB.

243. Inserir, nos programas de formação de agentes de segurança pública e operadores do direito, o tema da livre orientação sexual.

244. Apoiar a criação de instâncias especializadas de atendimento a casos de discriminação e violência contra GLTTB no Poder Judiciário, no Ministério Público e no sistema de segurança pública.

245. Estimular a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas para a promoção social e econômica da comunidade GLTTB.

246. Incentivar programas de orientação familiar e escolar para a resolução de conflitos relacionados à livre orientação sexual, com o objetivo de prevenir atitudes hostis e violentas.

247. Estimular a inclusão, em programas de direitos humanos estaduais e municipais, da defesa da livre orientação sexual e da cidadania dos GLTTB.

248. Promover campanhas junto aos profissionais da saúde e do direito para o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade GLTTB.

249. Promover a sensibilização dos profissionais de comunicação para a questão dos direitos dos GLTTB.²⁷

Apesar dos programas e ações governamentais concentrados em tutelar os direitos fundamentais e liberdades individuais do grupo LGBTQIA+, ressalto que as estatísticas apresentadas anteriormente evidenciam a insuficiência e a ineficácia dos mesmos para alcançar efetivamente os objetivos elencados. Para exemplificar esse fato, é possível utilizar a proposta 116 do PNDH-2, que teve sua implementação iniciada em 2002, que trata sobre o aperfeiçoamento da legislação penal no âmbito da discriminação e violência motivada pela orientação sexual, o que não ocorreu, sendo um dos principais motivos para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 (ADO 26), em 2019. Da mesma forma, é possível observar que a proposta 118 do mesmo Programa, que discorre sobre a inclusão de dados relativos à orientação sexual no censo demográfico, também não foi atendida até a conclusão deste trabalho, em 2022.

4.2. PROJETOS DE LEI E EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

O Estado também se mostra ineficaz e omissivo no tópico legislativo, já que mesmo com o exposto nos tópicos anteriores, ainda não foram criadas leis federais específicas voltadas para a criminalização de atos homofóbicos ou transfóbicos que violam e discriminam os membros dessa população. Mesmo que os programas criados pelo governo federal listados anteriormente possuam intenções claras de formação de anteprojetos de lei

²⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. Programa Nacional de Direitos Humanos II. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH2.pdf>. Acesso em: 14 ago. de 2022.

para a proteção da população LGBTQIA+, nenhum deles resultou na criação de alguma norma exitosa no Congresso Nacional que atribua algum tipo de sanção para aqueles que, de alguma forma, hostilizam as pessoas pertencentes à esta comunidade, mesmo com expressa previsão constitucional de punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, fato que configura clara omissão inconstitucional e inércia do Estado brasileiro.

No que concerne aos projetos de leis ou emendas constitucionais que abordam a criminalização de atos atentatórios contra pessoas com diferentes identidades de gênero e orientações sexuais, é perceptível que, de modo geral, eles são deixados de lado, em algumas vezes nem chegando a alcançar todas as fases necessárias de votação pelos membros do Congresso para se aprovar uma lei.

O maior exemplo que temos desse fato é o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 122 de 2006 (PLC 122/2006), de iniciativa da Deputada Federal Iara Bernadi filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT), que é o resultado da reunião de quatro outros projetos de lei (o PL 3770/2000, o 5003/2001, o 05/2003 e o 4242/2004) que discorriam, basicamente, da criminalização da homotransfobia, sendo a explicação da ementa deste PLC a seguinte:

Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Estabelece as tipificações e delimita as responsabilidades do ato e dos agentes.²⁸

Este PLC, depois de ter sido originalmente aprovado na Câmara ainda em 2006 como PL 5003/2001, não conseguiu aprovação depois de ter seguido para o Senado, e foi arquivado ao final da legislatura, em 26 de dezembro de 2014. Na época, o PLC foi alvo de acentuada resistência por parte de pessoas que acreditavam que a aprovação deste Projeto poderia produzir privilégios e direitos especiais para um pequeno grupo, mesmo que já existissem leis que visassem a tutela dos direitos fundamentais e das liberdades de outras minorias, como a Lei do Racismo²⁹ (Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989). O objetivo principal do PLC 122 era a extensão da proteção já garantida à outras minorias para as minorias sexuais, lembrando que

²⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584077&ts=1630421107838&disposition=inline>. Acesso em: 01 jun. de 2022.

²⁹ BRASIL. Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor. Acesso em: 02 jun. de 2022.

esse tipo de extensão já tinha sido realizada em 1997 pela Lei nº 9.459 quando o artigo 1º da Lei do Racismo foi alterado ao incluir a discriminação e preconceito contra etnia, religião ou procedência nacional no rol de crimes puníveis por essa Lei.

Os principais representantes da oposição do PLC 122 é a bancada fundamentalista presente no Congresso Nacional, que é a bancada responsável por defender os interesses de grupos de determinados segmentos religiosos. Em termos gerais, a referida bancada apontava que o Projeto poderia acarretar no cerceamento da liberdade de expressão e da liberdade religiosa desses grupos.

No ato de propositura da ADO 26, a qual será tratada mais detalhadamente no próximo capítulo, a parte requerente alegou a omissão inconstitucional do Estado quanto a criminalização da homotransfobia, porém, o Senado Federal argumentou que inexistia a mora inconstitucional neste caso, pois, existiam muitos projetos de lei sobre o tema tramitando no Congresso Nacional, apresentando inclusive a seguinte tabela como exemplificação:

TABELA 1: PROJETOS DE LEI SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

PROJETO DE LEI	AUTOR	EMENTA
Projeto de Lei do Senado – PLS Nº 101 de 2014	João Capiberibe	Altera o Código de Processo Penal para prever nova modalidade de prisão preventiva: em caso de flagrante de crime de racismo ou injúria racial, como recurso pedagógico, no interesse da sociedade.
PL Nº 5576/2013	Aline Côrrea	Acrescenta dispositivo ao art. 61, do Código Penal para considerar agravante o cometimento do crime em razão da raça, cor, etnia, religião, origem, orientação sexual ou deficiência física que são considerados crimes de ódio.
PL Nº 1959/2011	Roberto de Lucena	Altera a redação de dispositivos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de

		cor'. Tipifica crimes de discriminação em razão da opção sexual, aparência, origem e classe social.
PL Nº 1846/2011	Carmem Zanotto	Altera a alínea 'c' do inciso I do art. 1º da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 – Lei da Tortura.
PL Nº 582/2011	Dalva Figueiredo	Acresce dispositivos ao Decreto- -Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e à Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965.
PL Nº 81/2007	Fátima Bezerra	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia.
PL Nº 2665/2007	Rodvalho	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. Estabelece que a prática de discriminação ou preconceito envolve qualquer tipo de ação violenta, constrangedora, intimidatória ou vexatória de ordem moral, ética, filosófica ou psicológica, inclusive nos atos discriminatórios quanto ao sexo das pessoas.
PL Nº 7052/2006	Iara Bernardi	Institui o Dia Nacional de Combate à Homofobia
PL Nº 122/2006	Iara Bernardi	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
PL Nº 6317/2005	Leonardo Mattos	Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que ‘dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências’. Aplica sanções administrativas ao fornecedor que discriminar, preterir, ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por motivos de preconceito ou racismo.
PL Nº 3143/2004	Laura Carneiro	Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Inclui os crimes resultantes de preconceito de sexo ou orientação sexual.
PLS Nº 309 de 2004	Paulo Paim	Define os crimes resultantes de discriminação e preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.
PL Nº 5/2003	Iara Bernardi	Ementa: Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual.
PL Nº 6186/2002	Nair Xavier Lobo	Proíbe a inclusão de cláusulas discriminatórias quanto à orientação sexual

		do candidato, em editais para a prestação de concursos públicos.
PL Nº 5003/2001	Iara Bernardi	Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas.
PLS Nº 52 de 1997.	Abdias Nascimento	Define os crimes de prática de racismo e discriminação

(FONTE: ADO 26, 2019)³⁰

Segundo a Câmara Alta, a quantidade de processos sobre o tópico em questão revela que não há a inércia do Legislativo e por isso, não resta caracterizada a mora legislativa, esclarecendo inclusive que o projeto de lei 122/2006, citado anteriormente, foi incorporado pelo projeto do novo Código Penal (PLS 236/2012) que não possui prazo para ser votado.

A parte autora defende que a própria demora na votação da proposição legislativa que possa definir sanções aos atos discriminatórios em detrimento da orientação sexual de alguém é a maior evidência da frustração do cumprimento do mandado de incriminação apresentado no artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”, o que qualifica uma mora legislativa inconstitucional.

É pertinente mencionar que existem leis no ordenamento jurídico brasileiro que tratam expressamente da defesa dos direitos fundamentais da pessoa independente da orientação sexual, como o disposto no artigo 2º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.³¹

E também os artigos 17, inciso II, e 18, inciso III, da Lei 12.852/2013 (Estatuto da Juventude):

Art. 17. O jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de:

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 ago. 2022.

³¹ BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 21 ago. de 2022.

II - orientação sexual, idioma ou religião;

Art. 18. A ação do poder público na efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade contempla a adoção das seguintes medidas:

III - inclusão de temas sobre questões étnicas, raciais, de deficiência, de orientação sexual, de gênero e de violência doméstica e sexual praticada contra a mulher na formação dos profissionais de educação, de saúde e de segurança pública e dos operadores do direito;³²

Sendo oportuno mencionar estes artigos como exemplos para reforçar o dever do Estado de proteger a população LGBTQIA+ e a necessidade de criminalizar os atos que expressam qualquer forma de discriminação que expressem homofobia e/ou transfobia.

5. ADO 26

5.1. PROPOSITURA E PEDIDOS DA PARTE AUTORA

Diante de todo o exposto nos capítulos anteriores acerca da omissão inconstitucional do Estado brasileiro em relação a população LGBTQIA+, por meio da apresentação de dados estatísticos, de legislação brasileira e internacional que convergem no sentido de combater qualquer tipo de discriminação e criminalizar as mesmas, de políticas públicas ineficazes e projetos de lei inertes, foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 - Distrito Federal (ADO 26), pelo CIDADANIA (atual denominação do Partido Popular Socialista - PPS) julgada em 13/06/2019 pelo Supremo Tribunal Federal e tendo como relator o Ministro Celso de Mello.

Em sua propositura, a parte autora alega que o Congresso Nacional estaria refreando a apreciação e tramitação de proposições legislativas que detêm o objetivo de criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, no sentido de afastar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da população LGBTQIA+. A Petição Inicial protocolada pela parte autora consigna que:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da

³² BRASIL. Lei 12.852/2013. Estatuto da Juventude, de 05 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112852.htm. Acesso em: 21 ago. de 2022.

proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88)³³

Nesse sentido, é pleiteado pela autora o reconhecimento da homofobia e transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo, para que sejam enquadradas na ordem constitucional de criminalização do racismo incluída no artigo 5º, inciso XLII, da CF/88 “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Especificamente sobre a constituição da homofobia e da transfobia como espécies do gênero de racismo, é necessário que seja levado em conta o *caso Ellwanger*³⁴ (STF, HC n.º 82.424-4-RS), julgado pelo STF em setembro de 2003, e o disposto nele sobre o conceito ontológico-constitucional do racismo. Restou estabelecido pelo STF no julgamento do caso, que racismo é toda ideologia que dissemine a inferioridade de um grupo em relação a outro, portanto a inferiorização da população LGBTQIA+ relativa a pessoas heterossexuais cisgêneras pode ser enquadrada como racismo social e a prática da homotransfobia deve ser criminalizada devido ao inciso XLII do artigo 5º da CF/88.

Dando continuidade, também é postulado que seja declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional no que diz respeito a criminalização específica da homofobia e da transfobia, determinando inclusive que o Congresso homologue legislação criminal para sancionar atos homotransfóbicos, tais quais discursos de ódio, violência física, homicídios e a conduta de incitar, praticar ou induzir preconceito e/ou discriminação em razão da orientação sexual ou identidade de gênero das pessoas.

Tal mora inconstitucional se caracterizaria pelo fato da Constituição Federal carregar a ordem de legislar criminalmente a prática do racismo por meio do artigo 5º, inciso XLII, ou subsidiariamente pela ordem de punir criminalmente os atos discriminatórios que atentem os direitos e liberdades fundamentais, através do artigo 5º, inciso XLI, ou ainda subsidiariamente pela inconstitucionalidade por proibição de proteção deficiente, que é o princípio que impõe ao ente estatal ações no sentido de cumprir seu dever de proteção.³⁵

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 ago. 2022.

³⁴ Caso em que o Supremo Tribunal Federal negou Habeas Corpus a Siegfried Ellwanger. O escritor foi acusado de racismo depois de propagar ideais nazistas por meio de seus livros, negando a existência do holocausto e disseminando desprezo aos judeus, sendo condenado a dois anos de de prisão em primeira instância, Ellwanger recorreu ao STJ e ao STF pedindo a extinção de sua punibilidade ao alegar que embora seus livros possuíssem cunho discriminatório, eles não eram racistas porque judeus não configuram raça. O STF entendeu que ao antissemitismo poderia ser aplicado o racismo devido ao processo de segregação e inferiorização do povo judeu ao longo da história.

³⁵ FERREIRA, Gecivaldo. Princípio da proibição da proteção deficiente. Conjur, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-out-04/principio-proibicao-protacao-outra-face-garantismo#:~:text=Implica%2>

Para maior fundamentação acerca da referida mora inconstitucional do Estado brasileiro, o autor expõe que a mesma pode ser caracterizada ao se perceber que a Constituição Federal, que possui ordem para a criminalização a que se refere este trabalho, foi promulgada em 1988, vinte e cinco anos antes da propositura da ADO 26, ou ainda pelo fato do projeto de lei na Câmara dos Deputados que tratava sobre tal criminalização ser proposto apenas doze anos depois (PL 5003/2001, que foi convertido em PLC 122/2006), não restando nada aprovado no Congresso Nacional acerca desse tema, além dos mais de sete anos de debates na Câmara alta referentes a este assunto e pelo menos mais cinco anos de debates na Câmara dos Deputados, ficando assim corroborada a mora inconstitucional do Congresso Nacional no que concerne a criminalização da homotransfobia, pois, excedeu qualquer prazo razoável para aprovação de legislação sobre a questão.

É também solicitado que seja estabelecido prazo para que o Congresso legisle acerca do tema, recomendando o período de um ano, tendo em vista que o assunto já é tratado e debatido há mais de uma década dentro das casas legislativas.

Caso se esgote o prazo estipulado pelo STF para a aprovação de legislação que verse sobre a criminalização referida, ou caso o Supremo Tribunal considere prescindível a estipulação deste prazo, é requerido pela parte autora que seja superada a legalidade estrita parlamentar para que a própria Suprema Corte atue atipicamente e legisle acerca do tema, tipificando a homofobia e transfobia como crime específico por decisão própria em consequência da mora legislativa inconstitucional do Congresso Nacional, a fim de que seja cumprida a ordem constitucional de criminalizar atos atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais (Art. 5º, XLI, CF/88).

Um dos principais requerimentos feitos pela parte autora nesta ADO é a inclusão da criminalização específica de todos os atos de violência e discriminação motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/89) ou em outra lei que venha a sobrevir para atribuir sanções a tais atos até que o Congresso Nacional legisle acerca da referida criminalização.

Sobre o pedido anterior, é relevante que se destaque que na petição inicial o autor utiliza o termo “hierarquização de opressões” para fundamentar o seu requerimento, que seria a determinação de punição mais severa para certa opressão em comparação a outra, o que poderia transmitir para a sociedade que esta opressão seria menos grave que aquela. O autor defende que as opressões no cenário em discussão, contra pessoas negras e contra pessoas

homossexuais por exemplo, são equivalentes e devido a isso devem ser punidas de forma também equivalente por atuação da isonomia no sentido de direito de igual proteção penal, concluindo dessa forma que a hierarquização de opressões é inconstitucional ao passo que anuncia que o grupo superiormente protegido seria mais digno que o grupo inferiormente protegido, o que confronta a noção de igual dignidade humana e por isso reitera a necessidade de se punir a homofobia e transfobia com a mesma rigidez utilizada para punir os atos criminalizados pela Lei do Racismo.

A última questão abordada no grupo dos pedidos é a responsabilização civil do Estado brasileiro, inclusive a dos parlamentares solidariamente, para indenizar todas as vítimas de homotransfobia, conforme o artigo 37, §6º, da CF/88:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.³⁶

O autor entende que a omissão inconstitucional do Congresso Nacional configuraria como dano já que o fato de não existir legislação específica para punir atos de homofobia e transfobia geram sensação de impunidade aos autores, constituindo assim nexos causal entre a omissão do Estado na criminalização específica de tais condutas e a violência e discriminação sofridas pela comunidade LGBTQIA+. Destarte, pleiteiam o seguinte:

Requer-se seja fixada a responsabilidade civil do Estado Brasileiro desde que caracterizada a sua mora inconstitucional em criminalizar a homofobia e a transfobia, inclusive a fatos pretéritos a tal mora inconstitucional ou, subsidiariamente, ao menos dali em diante ou, subsidiariamente, ao menos após fixado o prazo fixado pela Corte ao Congresso Nacional efetivar tal criminalização, e que se reconheça que tal responsabilidade persistirá até que a legislação criminalizadora aqui referida entre em vigor.³⁷

5.2 VOTAÇÃO DOS MINISTROS

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 ago. de 2022.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 ago. 2022.

No julgamento da ADO 26, os Ministros do Supremo Tribunal Federal acordam, por unanimidade, em dar parcial conhecimento a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por maioria, a julgaram procedente, com efeito vinculante e eficácia geral. O Ministro Marco Aurélio foi o único a julgar a ação totalmente improcedente, e os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli a julgaram parcialmente procedente.

O acórdão gerado por esse julgamento comunica o reconhecimento do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional no tocante à falta de efetivação de prestação legislativa acerca da ordem constitucional de criminalização contida nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal assente que a falta de lei específica que verse sobre a penalização de atos discriminatórios e violência motivados pela identidade de gênero ou orientação sexual da vítima é caracterizado como mora inconstitucional já que os dispositivos da Constituição referidos não estão sendo observados pelo órgão responsável por legislar e, nesse sentido, declaram também a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União.

O Supremo Tribunal, por meio do acórdão, também notifica o Congresso Nacional sobre a decretação da omissão por inconstitucionalidade para que sejam tomadas as medidas e providências necessárias para a reparação da omissão, em conformidade com o artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, e com o artigo 12-H da Lei nº 9.868/99.³⁸

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

§ 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.

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Como ponto central do julgamento, o STF, em interpretação conforme à Constituição Federal, acolheu o pedido da parte autora no sentido de enquadrar as manifestações de homofobia e a transfobia nas penalizações contidas na Lei 7.716/89 (também conhecida como Lei do Racismo) até que se verifique legislação autônoma e específica. Como justificativa, foi informado que o Tribunal considera que a homotransfobia entende-se como uma espécie do gênero racismo, citando inclusive a dimensão de racismo social considerada por esse mesmo Tribunal no julgamento do caso Ellwanger (HC 84.424/RS), já que ela segrega e inferioriza os

³⁸ BRASIL. Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 28 ago. de 2022.

integrantes da população LGBTQIA+, e ainda, que o Tribunal também considera que os atos que manifestam homotransfobia são compreendidos ao conceito de práticas que discriminam e ofendem os direitos e as liberdades fundamentais.

Destarte, foram fixadas três teses pelo Supremo Tribunal Federal. A primeira delas diz respeito aos mandados de criminalização definidos pelos já citados incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, estabelecendo que até que o Congresso Nacional cumpra tais mandados constitucionais e emanem lei que criminalize de forma específica a homotransfobia, todos os atos que manifestam hostilidade motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, de alguém, constituem expressões de racismo e serão punidos conforme o disposto nos preceitos de incriminação contidos na Lei 7.716/89, mediante adequação típica, instituindo inclusive que a homofobia e a transfobia serão circunstâncias qualificadoras em caso de homicídio doloso por caracterizarem motivo torpe.

Na segunda tese, é abordada a questão do exercício da liberdade religiosa em face da prática da homotransfobia. É assegurado pelo Tribunal que o direito à liberdade religiosa não é superado, nem restringido ou limitado pela repressão penal das práticas homofóbicas ou transfóbicas.

O inciso VI do artigo 5º da Constituição Federal consigna que “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;”³⁹, portanto, é assegurado o direito de proferir livremente e por qualquer meio as convicções e pensamentos conformes com códigos ou livros sagrados, assim como o direito de ensinar de acordo com orientação doutrinária e/ou teológica, desde que essas expressões religiosas não representem discurso de ódio, que, em síntese, são expressões que encorajem ou estimulem a violência, a aversão ou a discriminação contra pessoas em virtude da sua identidade de gênero ou orientação sexual.

Por meio da terceira tese, é respeito pelo Supremo Tribunal que o conceito de racismo, em sua dimensão social, ultrapassa aspectos puramente biológicos ou fenotípicos, uma vez que representa constituição de natureza histórico-cultural que busca escusar a desigualdade e é dirigida ao controle ideológico, ao controle das instituições políticas e à repressão social dos grupos vulneráveis, neste caso, da comunidade LGBTQIA+, pelo motivo de não pertencerem ao estrato das pessoas que possuem hegemonia na sociedade, e devido a isso, são

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 ago. de 2022.

considerados como desiguais e sujeitados à um injusto afastamento da proteção do direito causado por reprovável inferiorização social.

O Ministro Marco Aurélio foi vencido por ser o único Ministro a não subscrever às teses descritas e julgar a demanda totalmente improcedente, com exceção dos Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes que justificadamente não participaram da fixação das teses. O Ministro Marco Aurélio reconhece que os números obtidos em levantamentos sobre a violência contra as minorias sexuais revelam “barbárie incompatível com os avanços civilizatórios obtidos nas últimas décadas”⁴⁰, criticando inclusive o Poder Legislativo ao entender que os legisladores ignoram os consideráveis números de violência por se prenderem a moldes conservadores. O papel do STF como guardião da Constituição Federal e na defesa das minorias, especialmente aquelas relacionadas às orientações sexuais e identidades de gênero, é exemplificado pelo Ministro por meio da menção a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 132, ambas de 2011, que representaram marco histórico ao reconhecer a união estável homoafetiva como entidade familiar, e também pela menção da ação direta nº 4.275 e recurso extraordinário nº 670.422, ambos de 2018, que concedeu aos transtêneros o direito da substituição de prenome e sexo no registro civil mediante simples manifestação de vontade, sendo todos esses exemplos de jurisprudência da Suprema Corte que vão ao encontro da defesa dos direitos e liberdades fundamentais da população LGBTQIA+.

No entanto, Marco Aurélio considera a ADO 26 improcedente e não reconhece a omissão legislativa no tocante à criminalização específica da homotransfobia. Nas razões de seu voto, divergente dos demais, o Ministro não reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional pois entende que o texto constitucional confere punição a toda forma de preconceito, mas não necessariamente a criminalização, inclusive, em se tratando sobre o tema, o Ministro anunciou que considera incontroverso a declaração da mora inconstitucional na criminalização específica da homofobia e transfobia e o enquadramento destes atos na dimensão social do racismo, os identificando como núcleos já existentes nos tipos penais, descritos na Lei 7.716/89, ou seja, para o Ministro, não é concebível constituir mora legislativa se a homotransfobia for compreendida em tipo penal já existente.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Dando seguimento, ao discorrer sobre a ampliação do conteúdo da lei que criminaliza o racismo para abarcar também a homofobia e a transfobia, Marco Aurélio sustenta que o Supremo Tribunal estaria usurpando uma competência do Congresso Nacional e também o dever do Poder Legislativo. Utilizando-se do artigo 22, inciso I, "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" e também do inciso XXXIX do artigo 5º, "XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;" ambos da Constituição Federal, o Ministro defende que, respeitando o princípio da estrita legalidade e da reserva legal, a interpretação da Constituição em matéria penal pelo Tribunal não é autorizada, e a complementação de tipos penais esvaziaria o sentido literal do texto constitucional. Por isso, pela preservação dos princípios da separação dos Poderes e da reserva legal, julgou totalmente improcedente o pleiteado na ADO 26.

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli possuíram votos semelhantes ao dar parcial provimento à demanda. Ambos os Ministros reconheceram a existência da mora inconstitucional legislativa devido a falta de lei que criminalize especificamente os atos de homofobia e transfobia, mesmo com dispositivos constitucionais que convergem para tanto, entretanto, assim como o disposto pelo Ministro Marco Aurélio, entendem que a extensão do tipo penal previsto na Lei 7.716/89 para englobar outros atos não especificamente tipificados nesta norma, caracterizaria violação do princípio da reserva legal, princípio significativo para a promoção da segurança jurídica. Deste modo, ambos votaram no sentido de dar parcial provimento a ação, reconhecendo a mora legislativa e dando ciência ao Congresso Nacional, órgão legislador responsável, para aprovação de legislação no sentido de criminalização da homotransfobia em prazo razoável, mas se manifestando contra ao enquadramento da homofobia e da transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo se executado pelo Supremo Tribunal Federal.

5.3 CRÍTICAS AO JULGAMENTO DA ADO

Da mesma forma entendida pelos Ministros que não julgaram a ADO 26 totalmente procedente para enquadrar os atos homofóbicos e transfóbicos como crime de racismo previsto na Lei 7.716/89, as críticas direcionadas ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nesta ação convergem no mesmo sentido, pois, ambos entendem que a conclusão adotada pela maioria da Corte Suprema viola princípios constitucionais essenciais

do Direito Penal, podendo inclusive, representar desconsideração do próprio Estado Democrático de Direito.

Gustavo Badaró, em sua análise do julgamento realizado pelo STF no âmbito da ADO 26 consignou que depois da caracterização da homotransfobia em racismo “Não temos mais, portanto, garantia da legalidade no direito penal! Descanse em paz *nullum crimen, nulla poena, sine lege*.”⁴¹, em outros termos, Badaró considera que os princípios da reserva legal, da legalidade e da anterioridade da lei penal, inspirados pelo verbete em latim *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, que significa que não há crime e nem pena sem lei prévia, foram descumpridos pela decisão do STF.

Para justificar o seu argumento, Badaró articula que por se tratar de tipificação penal, que possui garantia de reserva de lei disposta na Constituição, pelo inciso I, artigo 22, da Constituição Federal, é incabível que o julgador entenda como crime atos que o próprio legislador não tipificou, em outras palavras, é inviável que o órgão julgador determine uma conduta criminosa, pois, estará realizando o papel do legislador, o que inclusive pode caracterizar ofensa ao princípio da Separação de Poderes, contido no artigo 2º da CF “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”, uma vez que o Judiciário estaria usurpando competência exclusiva do Legislativo.

É certo que ao definir os tipos penais, o legislador deverá observar os critérios legais com clareza, taxatividade e precisão, mas também é certo que ocorra subjetivismo do intérprete na passagem da legislação para a aplicação pelo juiz, devido aos fatores abstratos dos elementos de um tipo penal. Entretanto, o autor conjectura que a solução para o problema da indeterminação de uma norma não é a máxima liberdade interpretativa, pois poderia acarretar em maior grau de incerteza jurídica, e no caso do tema discutido pela ADO 26, onde o texto do tipo penal é claro “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” deve ser utilizado o critério hermenêutico literal, e por isso, Badaró considera ser inoportável a homofotransfobia na tipificação penal da Lei 7.716/89 e no final do seu texto enuncia:

Depois de toda a defesa da legalidade, e da impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal criar tipos penais, o voto do ministro Celso de Mello, no que acaba de ser

⁴¹ BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. Disponível em: https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em 30 ago. de 2022.

acompanhado por seus pares, realizou um verdadeiro truque de ilusionista: não é possível criar um tipo penal, mas é possível utilizar um tipo penal já existente, para considerar crime algo que nele não está descrito.

Outro ponto muito recorrente em análises do julgamento da ADO 26 pelo STF em 2019, é o ativismo judicial. Segundo Luis Roberto Barroso, a explicação sobre o que é ativismo judicial poderia ser:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance [...] A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.⁴²

Sobre esse tema, também é relevante destacar o que diz Marmelstein sobre a experiência constitucional contemporânea, onde é possível se perceber uma hiperjudicialização de questões éticas e políticas, de problemas de grande impacto social.⁴³ Assim como no caso do julgamento da ADO 26, o poder normativo que fixa elucidação para conflitos sociais têm sido transferido do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, o que é capaz de ser motivo para tensões entre ambos os poderes.

Deste modo, é possível conceber que a conclusão do julgamento da Suprema Corte para enquadramento da homofobia e da transfobia no tipo penal do racismo é um exemplo de ativismo judicial, ocorrência defendida por aqueles que anuem com maior atuação judicial em nome da defesa da proteção de direito e da defesa de dispositivos constitucionais, porém, muito criticado a por outros que acreditam que o papel da política está sendo restringido e que o poder de deliberação popular está sendo apossado.

O julgamento da ação em debate também representa superação dos limites do julgador em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, pois, conforme artigos 103, § 2º, da Constituição Federal, e com o artigo 12-H da Lei nº 9.868/99, citados anteriormente, o Poder Judiciário se encerra na declaração da inconstitucionalidade e na notificação do Poder Legislativo para adotar as medidas necessárias e efetivar norma que cesse a omissão declarada em prazo definido, entretanto, o visto nesta ação, foi atitude do Judiciário no sentido de realizar o dever do Legislativo até que este o faça, o que ultrapassa o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, já que, vai de encontro com normas dispostas na própria Constituição.

⁴² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

⁴³ MARMELESTEIN, George. Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, 2016.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo foi elaborado com o intuito de especificar e detalhar os fatores que caracterizam a omissão inconstitucional do governo brasileiro, no tocante à criminalização da homotransfobia. Para melhor discussão acerca do assunto, o trabalho foi subdividido em quatro capítulos que analisam cada causa da referida omissão especificamente, que culminaram na propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26.

O primeiro capítulo demonstrou que a legislação vigente no Brasil, seja ela nacional ou proveniente de tratados e convenções internacionais assinados pelo Brasil, possui dispositivos que atribuem ao Brasil o dever de proteger a população LGBTQIA+, em especial no tocante à criminalização de atos discriminatórios ou de violência contra pessoas devido à sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, conforme os incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, assim como entendido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida foi comprovada a indefensabilidade da comunidade LGBTQIA+, que representa classe sujeita aos mais diversos tipos de violência pela sociedade, à marginalização e à segregação social, fatos atestados pelos dados estatísticos mencionados no desenvolvimento do capítulo, que de igual forma, constata a necessidade de amparo específico do Estado já que os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos integrantes desta população são continuamente violados.

No capítulo denominado INEFICÁCIA E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DO ESTADO BRASILEIRO REFERENTE À PROTEÇÃO DA POPULAÇÃO LGBTQIA+ são expostas as propostas e os objetivos, na maioria das vezes frustrados, contidos nos programas e ações com foco na referida população idealizados pelo governo federal, assim como os projetos de lei que não resultaram em efetiva legislação no sentido de criminalizar os atos discriminatórios atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais da população LGBTQIA+, o que atesta, juntamente com os dados compreendidos no capítulo anterior, a ineficiência do Estado em proteger essa população das violações sofridas.

O último capítulo representa uma conjunção dos capítulos anteriores, que constataram de forma clara que o Estado brasileiro não tem atuação suficiente para garantir à população LGBTQIA+ defesa de seus direitos constitucionais, o que caracteriza a omissão do governo brasileiro, neste artigo especificamente devido a falta da criminalização da homotransfobia, e

em como as causas detalhadas ao longo dos capítulos resultaram na propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26.

A análise desta ação, com o destrinchamento dos pedidos da parte autora e da votação dos Ministros da Suprema Corte realizados nos subcapítulos, apresentou as teses firmadas pelo julgamento do Supremo Tribunal que acabou por enquadrar os atos discriminatórios e violentos contra pessoas devido à orientação sexual ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na tipificação penal da Lei 7.716/89 (Lei do Racismo) até que sobrevenha lei efetivada pelo Legislativo. São indicadas, até mesmo, algumas críticas feitas ao resultado do julgamento desta ação para evidenciar a complexidade do tema, já que mesmo sendo de extrema importância que fosse efetivada a criminalização da homotransfobia, existem pensamentos no sentido de que o firmado pelo Supremo Corte viola preceitos constitucionais.

Também é relevante mencionar que ainda é necessário que o Poder Legislativo cumpra seu dever de legislar e efetive tipo penal específico referente à homofobia e transfobia.

Diante de todo o exposto, fica evidenciado que foram explicados os fatores que configuram a omissão inconstitucional do Estado brasileiro em relação a população LGBTQIA+, que consequentemente impulsionaram a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n.º 26, onde foi requerida especificamente a criminalização da homotransfobia e a caracterização da mora legislativa nesse sentido. Os dispostos nos capítulos contidos no artigo auxiliam na compreensão dos pedidos elencados pela parte autora na propositura da ação e também no entendimento do resultado do julgamento.

Vale ressaltar que este artigo não busca esgotar a discussão acerca do tema, entende-se que a criminalização da homofobia e transfobia ainda precisa ser efetivada pelo Legislativo e que ainda são necessárias inúmeras medidas, não só no âmbito penal, para que o país alcance a igualdade sem distinção de qualquer natureza, nos moldes do artigo 5º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AMARO, Camila. A criminalização das condutas homotransfóbicas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26: Uma latente violação a princípios constitucionais, 2020. Disponível em: <https://camilamouraamaro.jusbrasil.com.br/artigos/898740183/a-criminalizacao-das-condutas-homotransfobicas-pelo-supremo-tribunal-federal-no-julgamento-da-ado-26>. Acesso em 30 ago. de 2022.

ANDES. **O Brasil segue na liderança dos assassinatos de pessoas trans no mundo**, 2021. Disponível em:

<https://www.andes.org.br/conteudos/noticia/brasil-segue-na-lideranca-dos-assassinatos-de-pessoas-trans-no-mundo1>. Acesso em: 25 maio 2022.

BACHA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil**: porvir democrático e inclusão das minorias. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 60, n. 2, p. 177-207, 2015.

BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e homofobia subsumida ao crime de racismo**: um truque de ilusionista. Disponível em:

https://www.academia.edu/39348378/Legalidade_penal_e_a_homofobia_subsumida_ao_crime_de_racismo_um_truque_de_ilusionista_Ao_julgador_cabe_interpretar_a_lei_mas_n%C3%A3o_a_reescrever?fbclid=IwAR2bu3NS_0RFPD5pFgx32SztjJWJdJQS4vuoOIZfe5hGph1ITje5PT4QLZw. Acesso em 30 ago. de 2022.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 maio de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20ra%C3%A7a%20ou%20de%20cor. Acesso em: 02 jun. de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 28 ago. de 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 ago. de 2022.

BRASIL. **Lei 12.852/2013**. Estatuto da Juventude, de 05 de agosto de 2013. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm. Acesso em: 21 ago. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos II**. Brasília: Ministério da Justiça, 2002. Disponível em:

<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH2.pdf>. Acesso em: 14 ago. de 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos III**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em:

<https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH3.pdf>. Acesso em 13 ago. 2022.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos dos LGBT**. Brasília, 2009.

Disponível em:

<https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/LGBTI/Plano%20Nacional%20de%20Promo%C3%A7%C3%A3o%20da%20Cidadania%20e%20Direitos%20Humanos%20LGBTI.pdf>. Acesso em: 30 maio de 2022.

BRASIL. Presidência da República – Casa Civil. **Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992**. Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. Diário Oficial da União. DF. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 24 maio. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584077&ts=1630421107838&disposition=inline>. Acesso em: 01 jun. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Data de julgamento: 13/06/2019, Tribunal Pleno.

Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 15 ago. 2022.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (GLBT)**, 2007. Disponível em:

http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?inford=3541&sid=3&UserActiveTemplate=_BR. Acesso em: 30 maio de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO. **Brasil Sem Homofobia: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em:

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em: 30 maio de 2022.

CONTRERAS MAZARIO, José Maria. **Las Naciones Unidas y la Protección de las Minorías Religiosas**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

FERREIRA, Gecivaldo. **Princípio da proibição da proteção deficiente**. Conjur, 2009.

Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2009-out-04/principio-proibicao-protacao-outra-face-garantismo#:~:text=Implica%20dizer%20que%2C%20o%20processo,pena%20de%20infringir%20preceitos%20constitucionais>. Acesso em: 26 ago. de 2022.

FILIPIACK, Isadora Cechin; GASPODINI, Icaro Bonamigo. **POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO LGBT NO BRASIL : REVISÃO DE LITERATURA**. Perspectivas em psicologia, São Leopoldo – RS, ano 2019, v. 23, n. 2, p. 40-56, 2019.

GASTALDI, Alexandre Bogas Fraga; MOTT, Luiz; OLIVEIRA, José Marcelo Domingos; AYRES, Carla Simara; SOUZA, Willians Ventura; SILVA, Kayque Virgens. **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+ e Grupo Gay da Bahia; . – 1. ed. - Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em:

<https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2021/05/observatorio-de-mortes-violentas-de-lgbti-no-brasil-relatorio-2020.-acontece-lgbti-e-ggb.pdf>. Acesso em: 25 maio de 2022.

IBGE. **Sobre a decisão da Justiça Federal do Acre, o IBGE informa**, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/novo-portal-destaques.html?destaque=34041>. Acesso em 06 ago. 2022.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional**: reações políticas ao ativismo judicial. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, 2016.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. **Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil**. Sociedade e Estado, v. 27, p. 289-312, 2012.

MORAIS, Pâmela. **LGBTfobia no Brasil**: fatos, números e polêmicas. Politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbtfobia-brasil-fatos-numeros-polemicas/>. Acesso em: 25 maio 2022.

NETO, Dirceu Marchini. **A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos**: garantias fundamentais e políticas de memória. Revista Científica FacMais, v. 2, n. 1, p. 81-96, 2012.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2016.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**: Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil: relatório 2021**. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2022. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2022/03/mortes-violentas-de-lgbt-2021-versao-final.pdf>. Acesso em 25 maio de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A/HRC/19/41**. Leis Discriminatórias, Práticas e Atos de Violência Contra Indivíduos em Razão de sua Orientação Sexual e Identidade de Gênero. 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/170/75/PDF/G1117075.pdf?OpenElement>. Acesso em: 24 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 25 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **NASCIDOS LIVRES E IGUAIS**. Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em 14 de julho de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas e direitos humanos**. Revista USP, n. 69, 2006.

ROCHA, Lucas. **55% da população LGBTQIA+ teve piora na saúde mental na pandemia, diz estudo**. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/55-da-populacao-lgbtqia-teve-piora-na-saude-mental-na-pandemia-diz-estudo/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: Uma Biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 488.

SILVA, Vitória Régia. **Transfobia ainda é obstáculo para o acesso de pessoas trans ao mercado formal de trabalho**. Gênero e número, 2017. Disponível em: <https://www.generonumero.media/projetos-buscam-promover-inclusao-de-pessoas-trans-no-mercado-de-trabalho/>. Acesso em 13 ago. de 2022.

TOKARNIA, Mariana. **Mais de um terço dos alunos LGBT sofreram agressão física na escola, diz pesquisa**: Estudantes que são alvo de preconceito têm pior desempenho escolar. Agência Brasil, 2016. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2016-11/mais-de-um-terco-de-estudantes-lgbt-ja-foram-agredidos-fisicamente-diz>. Acesso em: 27 maio 2022.