



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

DANIEL MONTEIRO DA COSTA

**A PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+ EM
RAZÃO DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO**

João Pessoa
2022

DANIEL MONTEIRO DA COSTA

**A PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+ EM
RAZÃO DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Fábio Bezerra dos Santos

João Pessoa
2022

**Catálogo na publicação Seção de Catalogação
e Classificação**

C838p Costa, Daniel Monteiro da.

A perpetuação da violência contra a comunidade LGBTQIA+ em razão da omissão do Poder Público / Daniel Monteiro da Costa. - João Pessoa, 2022.

56 f.

Orientação: Fábio Bezerra
dos Santos.TCC (Graduação) -
UFPB/CCJ.

1. LGBTQIA+. 2. Criminalização da homofobia. 3. Poder Público. 4. Violência contra LGBTQIA+. 5. Direitos fundamentais. 6. Políticas públicas. I. Santos, Fábio Bezerra dos. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 342.7

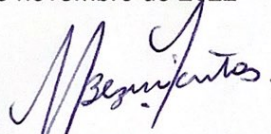
DANIEL MONTEIRO DA COSTA

**A PERPETUAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A COMUNIDADE LGBTQIA+ EM
RAZÃO DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito de João Pessoa
do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial da
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Bezerra dos Santos

DATA DA APROVAÇÃO: 11 de novembro de 2022
BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Fábio Bezerra dos Santos
(ORIENTADOR)

Documento assinado digitalmente



EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI

Data: 13/12/2022 14:54:21-0300

Verifique em <https://verificador.iti.br>

Prof. Dr. Eduardo Araújo Cavalcanti
(AVALIADOR)



Profa. Dra. Lenilma Cristina Senna de Figueiredo
(AVALIADORA)

RESUMO

O Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo. Considerando esse cenário de extrema violência, a presente monografia teve como objetivo estudar a responsabilidade do Poder Público nestas mortes, mediante análise das competências constitucionais de cada Poder e sua consequente participação, ativa ou omissiva, na violação dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+. Foram analisadas também políticas públicas destinadas a esse grupo social, bem como a legislação que protege seus direitos. Também foi realizada a análise da conjuntura social e política que envolve esse grupo, tendo em vista ser essencial para que os cidadãos e entidades coletivas possam cobrar ações dos responsáveis para modificar o cenário de mortes, discriminações e exclusão social segundo os quais são submetidas àquelas pessoas que não se enquadram nos padrões sociais de orientação sexual e identidade de gênero. Nesse sentido, o trabalho analisou a criminalização da homofobia realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADO nº 26, em razão da omissão do Congresso Nacional em sua função de legislar sobre o tema. A efetivação dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+ é fruto de intensa luta da comunidade aliada à vontade política dos governantes em concretizarem os direitos previstos no texto constitucional.

Palavras-chave: LGBTQIA+. Criminalização da homofobia. Poder Público. Violência contra LGBTQIA+. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

Brazil is the country that kills the most LGBTQIA+ people in the world. Considering this scenario of extreme violence, this monograph aimed to study the responsibility of the Public Power in these deaths, by analyzing the constitutional powers of each Power and its consequent participation, active or omissive, in the violation of the fundamental rights of the LGBTQIA+ population. Public policies aimed at this social group were also analyzed, as well as the legislation that protects their rights. An analysis of the social and political situation involving this group was also carried out, considering that it is essential for citizens and collective entities to be able to demand actions from those responsible to change the scenario of deaths, discrimination and social exclusion according to which they are subjected to those people. who do not fit into social standards of sexual orientation and gender identity. In this sense, the work analyzed the criminalization of homophobia carried out by the Federal Supreme Court in the records of ADO nº 26, due to the omission of the National Congress in its function of legislating on the subject. The realization of the fundamental rights of the LGBTQIA+ population is the result of an intense struggle of the community combined with the political will of the rulers to implement the rights provided for in the constitutional text.

Key-words: LGBTQIA+. Criminalization of homophobia. Public Power. Violence against LGBTQIA+. Fundamental Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADO - Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

CF/1988 - Constituição Federal de 1988

GLBT - Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transexuais

GLS - Gays, Lésbicas e Simpatizantes

LGBTQIA+ - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros, Queer, Intersex e Assexual

PLC – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados

STF - Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
Capítulo 1- Panorama nacional da população LGBTQIA+	9
1.1- O conceito LGBTQIA+	9
1.2- Atual conjuntura social da população LGBTQIA+	13
Capítulo 2- A omissão do Poder Legislativo na criação de normas que promovam os direitos da população LGBTQIA+	17
2.1- A omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia e projetos de lei em trâmite sobre o tema	19
2.2- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	22
2.3- A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e a aplicação da Lei nº 7.716/1989 pelo STF aos crimes de homofobia	25
Capítulo 3- O papel fundamental do Poder Executivo na perpetuação da homofobia	31
3.1- As Políticas Públicas e seus objetivos	31
3.2- Políticas públicas destinadas a população LGBTQIA+ no Brasil	33
Capítulo 4- O Poder Judiciário e a aplicação da Lei nº 7716/1989 aos crimes de homofobia	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, todas as pessoas são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O texto constitucional prevê o direito fundamental da igualdade em seu sentido formal, garantindo que, apesar das inúmeras diferenças existentes entre os cidadãos de um país, todos são essencialmente iguais.

No tocante ao direito à liberdade, previsto no mesmo artigo, destaca-se que as individualidades de cada sujeito devem ser respeitadas, garantindo-se sua forma de expressão, sua identidade e a possibilidade de orientar-se à sua maneira.

No entanto, apesar de existir dispositivos legais prevendo e garantindo o exercício dos direitos de igualdade e liberdade, inúmeras pessoas ainda não conseguem viver plenamente, posto que seus direitos mais básicos continuam sendo violados. Essas pessoas não se encaixam no padrão estabelecido como o modelo ideal a ser seguido por todos e por esse motivo são marginalizadas pela sociedade, formando-se as minorias, que são grupos de pessoas socialmente vulneráveis.

A violação de direitos fundamentais de grupos socialmente vulneráveis é normalizada e recorrente no Brasil, em especial a ocorrência de violações aos direitos fundamentais da população LGBTQIA+. Não basta apenas o combate à violência contra esses grupos, é necessária também a implementação de políticas públicas para efetivar os direitos fundamentais dessas pessoas.

Nesse sentido, o problema central deste trabalho foi entender a relação entre a atual conjuntura social de exclusão que acomete a população LGBTQIA+ e as ações e omissões do Poder Público para manter ou modificar esse cenário.

Desta forma, a presente monografia estudou as inércias, as omissões e as ações deficitárias do Poder Público, no âmbito do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, para combater a violência contra a comunidade LGBTQIA+, bem como as ações para implementar políticas públicas com objetivos de efetivar os direitos fundamentais dessas pessoas.

No primeiro capítulo, mediante a análise bibliográfica pertinente, foram conceituados e explicados os termos da sigla LGBTQIA+. Posteriormente, baseado em pesquisas e dados, traçou-se um breve panorama social e político da situação atual da população LGBTQIA+ no país.

No segundo capítulo, tratou-se da legislação existente que, ainda que de forma incidental, protege direitos das pessoas LGBTQIA+, bem como dos projetos de leis que versam sobre direitos desta população. Analisou-se também a ADO nº 26, julgada pelo STF, a partir da qual o Supremo criminalizou a homofobia.

No terceiro capítulo, foi traçado um panorama das políticas públicas criadas para a comunidade LGBTQIA+ a partir dos anos 2000 até os dias de hoje, demonstrando como se deu a construção, elaboração e efetivação de tais políticas.

No último capítulo, foram analisadas decisões de alguns Tribunais de Justiça que julgaram casos relativos à homofobia para que se pudesse entender como ocorre a aplicação da criminalização da homofobia após o julgamento da ADO nº 26 pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, para compreender o atual cenário social e político da população LGBTQIA+ no Brasil, estudou-se de que forma o Poder Público é responsável por essa situação.

Capítulo 1- Panorama nacional da população LGBTQIA+

1.1- O conceito LGBTQIA+

A sigla LGBTQIA+ é uma junção das iniciais dos nomes dados a grupos sociais que possuem a mesma orientação sexual ou identidade de gênero. Apesar dessa população ser extremamente diversa, historicamente, seus integrantes uniram-se para formar um grupo político mais forte, possibilitando-lhes a consecução de direitos fundamentais e o combate a estigmas sociais, preconceitos e vulnerabilidades sociais (#VoteLGBT, 2020, p.6).

Para compreender a sigla é crucial, primeiramente, conceituar o que é orientação sexual e identidade de gênero. A orientação sexual faz referência à atração emocional, afetiva ou sexual que cada sujeito pode ter por outros indivíduos, de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero. Também diz respeito à capacidade de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas (PRINCÍPIOS, 2006, p.7).

Comumente, ouve-se a expressão “opção sexual” para designar orientação sexual. Todavia, o uso do termo não é correto, uma vez que, parte-se do princípio de que o sujeito possui a opção de escolher qual seriam suas atrações sexuais, afetivas e emocionais. Todavia, a orientação sexual não é simplesmente uma escolha, mas sim um modo de sentir, desejar e relacionar-se, de modo geral, que nasce com a pessoa.

Por sua vez, identidade de gênero é a percepção e experiência individual que uma pessoa tem em relação ao seu gênero, identificação esta que pode ou não corresponder ao sexo que lhe foi atribuído quando nasceu. Diz respeito também a um senso pessoal do corpo, bem como outras formas de expressões de gênero como, por exemplo, vestuário e modo de falar (PRINCÍPIOS, 2006, p.7).

Por se tratar de um sentimento íntimo, a identidade de gênero da pessoa pode não estar visível para os demais. Muitas vezes, o sujeito teve um gênero a si atribuído no nascimento, porém não se identifica com o mesmo. Simultaneamente,

levando-se em consideração os estereótipos criados socialmente sobre o que deveria ser uma mulher e o que deveria ser um homem, a pessoa não se porta de acordo com o gênero ao qual se identifica.

Nesse sentido, salienta-se que a forma segundo a qual a pessoa manifesta-se publicamente é chamada de expressão de gênero. Assim, o nome, as vestimentas e comportamentos, as características corporais e a maneira que a pessoa interage com as demais são expressões de gênero, esta pode ou não corresponder ao sexo biológico da pessoa (ABGLT, 2010).

Desta forma, a pessoa não necessariamente vai expressar seu gênero de acordo com sua identidade de gênero. Ela pode se identificar com o gênero feminino, porém, expressar-se, conforme os padrões relacionados ao gênero masculino.

O sexo biológico são os fatores que existem objetivamente em uma pessoa, seus órgãos, hormônios e cromossomos. O sexo feminino corresponde à existência de vagina, ovários e cromossomos XX. Já o sexo masculino existe quando a pessoa possui pênis, testículos e cromossomos XY. Por último, a pessoa intersexual é aquela que nasceu com a combinação de fatores do sexo masculino e do sexo feminino. Antigamente, era o utilizado o termo hermafrodita, adaptado da Biologia e da Medicina, entretanto, por se referir a espécies não-humanas, parou de ser usado e, posteriormente, foi substituído pela palavra intersexual (ABGLT, 2010).

Retomando a explicação sobre a sigla LGBTQIA+, antigamente, a sigla utilizada era GLS, a qual englobava os grupos de pessoas gays, lésbicas e os simpatizantes. Esta última categoria referia-se aos sujeitos heterossexuais que se declaravam como solidários e aliados à luta LGBTQIA+. No entanto, muitas vezes, os chamados simpatizantes apenas frequentavam festas e eventos da comunidade, o que não implicava, necessariamente, em auxiliar essas pessoas em sua luta política. Nesse sentido mais monetário, o termo GLS também era usado para fazer menção a eventos e atividades culturais e de mercado relacionados a este grupo. Nos dias de hoje, a sigla GLS não deve ser mais empregada, tendo em vista que exclui diversas orientações sexuais e identidades de gênero (ABGLT, 2010).

Outra grande mudança ocorreu nos anos 1990, quando o termo GLS foi substituído por GLBT, incluindo-se as pessoas bissexuais e as pessoas trans. Posteriormente, uma das discussões da comunidade era que os homens gays protagonizavam o movimento, possuíam maior destaque. Por este motivo, as mulheres lésbicas reivindicaram que a letra L fosse colocada no início da sigla para dar maior visibilidade a sua luta, posto que sofriam uma dupla discriminação, por ser mulher e em razão de sua orientação sexual. Assim, em 2008, a sigla passou a ser LGBT, modificação aprovada na I Conferência Nacional GLBT (gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) que aconteceu em Brasília.

Atualmente, as letras LGBTQIA+ referem-se ao grupo social de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros, queer, intersex e assexual, respectivamente. O símbolo “mais” está presente na sigla para abarcar demais orientações sexuais ou identidades de gênero que existam, bem como aquelas que possam vir a existir. Isto porque, ao longo do tempo, o movimento vem se transformando e atualizando-se, na tentativa constante de ser mais inclusivo.

Em relação a orientação sexual, os grupos sociais que integram a população LGBTQIA+ são lésbicas, gays, bissexuais, pansexuais e assexuais.

Lésbicas são pessoas do gênero feminino que se sentem atraídas de forma afetiva e sexual por outras mulheres. Também podem ser chamadas de homossexuais, que são as pessoas que se sentem atraídas sexual, emocional ou afetivamente por pessoas do mesmo sexo/gênero (adaptado de GÊNERO, 2009). O termo homossexual pode se referir a homossexuais femininas – lésbicas, ou homossexuais masculinos – gays.

Gays são as pessoas do gênero masculino que se sentem atraídas afetiva e sexualmente por outros homens (ABGLT, 2010).

As pessoas bissexuais são aquelas que se relacionam afetiva e sexualmente com pessoas de ambos os sexos/gêneros (ABGLT, 2010).

Os sujeitos pansexuais são aqueles que sentem afeto, atração física e sexual por outras pessoas, independente da identidade de gênero ou sexo biológico (MARSHALL CAVENDISH CORPORATION, 2010).

Por último, dentro da categoria de orientação sexual, tem-se o assexual que é aquele indivíduo que não sente nenhuma atração sexual, seja pelo sexo/gênero oposto ou pelo sexo/gênero igual.

No tocante a identidade de gênero, os grupos sociais que integram a população LGBTQIA+ são os transexuais, transgêneros, travestis, transformistas e queers.

Transexual é a pessoa que teve um sexo designado a si quando nasceu, porém possui uma identidade de gênero diversa deste. Alguns transexuais, homens ou mulheres, tentam adequar sua identidade de gênero ao seu sexo, recorrendo a tratamentos médicos como terapia hormonal ou até mesmo cirurgia de redesignação sexual (ABGLT, 2010).

Ainda, para designar os sujeitos que transitam entre os gêneros, é utilizada a terminologia transgênero. Para estes, a identidade de gênero vai além das definições estabelecidas socialmente sobre a sexualidade (ABGLT, 2010).

Travesti é o termo utilizado para definir as pessoas cuja construção do gênero feminino é realizada mediante uma construção física de caráter permanente e oposta ao sexo biológico, ou seja, o sexo com o qual nasceu. Essas transformações no corpo podem ser feitas através de hormonioterapias e cirurgias plásticas. Popularmente, o termo é utilizado de forma pejorativa, entretanto, houve uma ressignificação política da palavra pelo próprio movimento LGBTQIA+. (Definição da Articulação Nacional de Travestis e Transexuais, aprovada pelo coletivo de participantes do ENTLAIDS, Rio de Janeiro, 2008; com colaboração adicional do Fórum Nacional de Travestis e Transexuais, Negras e Negros; e adaptações de ABGLT, 2010).

Queer é um termo inglês que significa estranho e, nos Estados Unidos, era usado para ofender pessoas que não se enquadravam nos padrões sociais. Hoje, queer é utilizado como um adjetivo para aquelas pessoas que não querem rotular sua sexualidade e até mesmo sua identidade e expressão de gênero (ABGLT, 2010).

A sigla LGBTQIA+ abarca uma vasta população que se une para buscar direitos fundamentais para desfrutar de uma vida digna e pacífica. A ciência da existência e demandas de cada grupo específico é essencial para que a sociedade em geral e o Poder Público possam agir para que essa população vulnerável tenha sua vida e seus direitos respeitados.

Nesse sentido, também é de suma importância traçar a conjuntura atual da população LGBTQIA+, suas conquistas, bem como suas reivindicações.

1.2- Atual conjuntura social da população LGBTQIA+

Para entender e traçar formas de atender as demandas da população LGBTQIA+ é crucial que, primeiramente, saiba-se como essas pessoas vivem no Brasil, quais são seus problemas, suas reivindicações e suas necessidades.

Uma pesquisa realizada em 2020 pelo Coletivo #VoteLGBT entrevistou mais de dez mil pessoas pertencentes à população LGBTQIA+ para traçar um diagnóstico dos impactos causados nesta comunidade em razão da pandemia gerada pelo Coronavírus (Covid 19).

Uma das conclusões do estudo foi que a população é bem diversa e que faltam dados oficiais que possibilitem elucidar um panorama mais próximo da realidade. A maior dificuldade enfrentada pelos pesquisadores foi conseguir entrar em contato com essas pessoas pelo Brasil inteiro, isto porque, em razão do isolamento social, a pesquisa foi realizada de maneira online. Dessa forma, um dado relevante da pesquisa é que grande parte dos entrevistados eram moradores da região sudeste do país.

Por se tratar de uma das regiões mais ricas do Brasil, os pesquisadores atrelaram o maior número de entrevistados da região sudeste às condições de maior acesso à internet em relação às demais regiões do país.

Assim, concluíram que o acesso à internet por parte da população LGBTQIA+ é limitado e que essa restrição está diretamente atrelada a questão financeira.

Nesse sentido, a pesquisa também concluiu que a interseccionalidade de vulnerabilidades sociais que recaem sobre parte da população LGBTQIA+ faz com que determinados sujeitos sejam mais excluídos socialmente em relação a integrantes da comunidade que não possuem tantos marcadores sociais. Por exemplo, uma mulher lésbica e pobre irá sofrer mais discriminações em relação a um homem gay rico, pois sobre ela recaí a questão de gênero, de orientação sexual e de classe social.

Para compreender melhor essa interação, destaca-se o significado do termo interseccionalidade, cunhado pela jurista estadunidense Kimberle Crenshaw em seus estudos sobre os mecanismos de opressão que recaem sobre a mulher negra.

A jurista formulou que cada opressão seria uma rua ou eixo. Cada forma de opressão que recaí sobre uma pessoa vai se cruzando, como ruas que se interseccionam, totalizando neste cruzamento, a forma que este sujeito é tratado perante à sociedade (CRENSHAW, 2002, p. 11-12).

O conceito de interseccionalidade proposto por Crenshaw permite analisar a complexidade da interação entre as diversas formas de opressão sobre um sujeito, evidenciando-se que a identidade de uma pessoa é composta por diversos elementos e que, portanto, deve ser analisada de forma integral.

Nesse sentido, retomando à pesquisa em análise, o coletivo analisou que quanto mais opressões recaem sobre uma pessoa da população LGBTQIA+, maior será sua exclusão social. Ainda, concluíram que, apesar da semelhança que une essa

população, existe uma imensa variedade de marcadores sociais dentro da comunidade LGBTQIA+, o que faz com seja uma população bastante heterogênea.

Assim, os efeitos da pandemia nessa população variam de acordo com o sujeito analisado e suas especificidades, podendo um LGBTQIA+ sofrer mais danos do que outro, a depender de outras questões para além do fato de serem integrantes da comunidade LGBTQIA+.

No tocante às características em comum, a amostra analisada demonstra que as maiores dificuldades enfrentadas pelos entrevistados durante a pandemia foram piora na saúde mental, afastamento da rede de apoio e falta de fonte de renda (#VoteLGBT, 2020).

Para se traçar um panorama social da população LGBTQIA+, também é necessário elucidar as conquistas por eles já realizadas.

No âmbito da saúde, até 1973 a homossexualidade era considerada uma doença chamada de homossexualismo. Porém, neste mesmo ano, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista de desvios sexuais e reconheceu que não se trata de um distúrbio mental (AMERICAN, 2009).

No Brasil, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina aprovou a retirada da homossexualidade do código de doenças. Em 1990, a 43ª Assembleia Mundial da Saúde adotou a 10ª Revisão da Lista da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), retirando desta versão a classificação da sexualidade como doença. A nova classificação entrou em vigor entre os países-membro das Nações Unidas a partir de 1º de janeiro de 1993 (GRASSI; LAURENTI, 1998).

Ainda na área da saúde, por muito tempo, profissionais diziam ser possível realizar a chamada “cura gay”, ou seja, prometiam que, mediante terapias e tratamentos psicológicos, seria possível alterar a orientação sexual de uma pessoa. Demonstrando a impossibilidade e o absurdo deste tratamento, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 001/1999, a qual proíbe que os psicólogos tentem realizar qualquer tratamento com o objetivo de “curar” um paciente homossexual ou

bissexual. O profissional que infringir a resolução pode sofrer sanções, podendo até mesmo perder o registro profissional. Os médicos e psiquiatras também podem ser denunciados ao Conselho Regional de Medicina por tentarem “curar” a homossexualidade.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina autorizou a realização de cirurgia para a redesignação de sexo, o chamado processo transexualizador. O processo em questão é realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) desde 2008. Já em 2013, o Ministério da Saúde, através da Portaria nº 2803, ampliou o processo transexualizador no SUS, aumentando o número de procedimentos ambulatoriais e hospitalares.

Em janeiro de 2018, o Conselho Federal de Psicologia publicou a Resolução CFP nº 01/2018, regulamentando a forma como os profissionais da categoria devem atuar no atendimento a travestis e transexuais. A atuação deve contribuir para a eliminação da transfobia e não pode haver omissão dos profissionais em relação a qualquer forma de discriminação de pessoas transexuais e travestis.

Outra conquista das pessoas travestis e transexuais é a possibilidade de utilização de seu nome social, aquele nome que está de acordo com o gênero com que se identificam, independentemente do nome que consta no registro de nascimento, em qualquer repartição pública e privada.

Em relação ao mercado de trabalho, o Ministério do Trabalho editou a Portaria nº 41/2007 vedando ao empregador solicitar documentos ou informações relacionadas à orientação sexual de seus empregados (artigo 8º).

Em termos de direitos fundamentais, houveram diversas conquistas da população LGBTQIA+ ao longo dos anos, no entanto, ainda existem muitas demandas a serem sanadas. Assim, é importante analisar o papel que cada Poder possui para efetivar os direitos dos LGBTQIA+ e se existem possíveis omissões relativas às atribuições de competência do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Capítulo 2- A omissão do Poder Legislativo na criação de normas que promovam os direitos da população LGBTQIA+

Para se efetivar o direito à igualdade das pessoas LGBTQIA+ no Brasil é crucial que o Poder Público desenvolva e execute políticas públicas destinadas a prevenir e combater a violência contra esse grupo social, bem como promover políticas públicas que possuam como objetivo a consecução dos direitos fundamentais desta população.

No âmbito das competências do Poder Legislativo, a criação de leis que promovam a educação e a conscientização de toda a população brasileira sobre a necessidade de respeitar as diferenças relacionadas ao gênero e à orientação sexual é passo fundamental para que os integrantes da comunidade LGBTQIA+ não sejam estigmatizados e excluídos socialmente.

Apesar de não existir no Brasil legislação específica que trate sobre os direitos das pessoas LGBTQIA+, destaca-se leis que contemplam esta população, ainda que de forma tangencial, posto que não são os sujeitos centrais aos quais estas leis são destinadas.

No âmbito federal, a Lei nº 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, estabelece em seu artigo 2º que toda mulher goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, *“independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional”*.

Já em seu artigo 5º, parágrafo único, a lei define que a violência doméstica e familiar perpetrada contra a mulher independe da orientação sexual desta, ou seja, a Lei Maria da Penha pode ser aplicada também para relações afetivas e sexuais entre mulheres, não se restringindo às relações heterossexuais.

O Estatuto da Juventude, Lei nº 12.852/2013, em seu inciso II, artigo 17, estabelece que o jovem não pode ser discriminado por motivo de *“orientação sexual, idioma ou religião”*, possuindo o direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades.

Já o artigo 18 do Estatuto, que versa sobre o papel do poder público na efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade, estabelece, em seu inciso III, a necessidade de incluir temas relacionados a, dentre outros, questões de orientação sexual e de gênero na formação dos profissionais de educação, de saúde e de segurança pública, bem como na formação dos operadores do direito.

Outra legislação federal que faz menção à orientação sexual e à identidade de gênero é a Lei nº 13.146/2015 que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. O Estatuto dispõe que os serviços de saúde pública prestados para as pessoas com deficiência devem garantir *“respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência”* (artigo 18, § 4º, VI).

Além das leis federais existentes, há um projeto de lei em tramitação no Senado Federal sob o número 134 do ano de 2018 que possui o objetivo de instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. A autoria do projeto é da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa que aceitou uma proposição de iniciativa popular apresentada pela Comissão da Diversidade Sexual e Gênero da Ordem dos Advogados do Brasil em conjunto com movimentos sociais. A proposição foi acompanhada da assinatura de 100 mil cidadãos e contou com a adesão de cem entidades e associações.

O texto do projeto de lei, em seu artigo 1º, define que o Estatuto possui como objetivo incluir a todos, combater e criminalizar a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero para efetivar a igualdade de oportunidades, bem como os direitos individuais, coletivos e difusos da população LGBTQIA+.

Ainda, o texto define que os fundamentos do Estatuto são os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade e a não discriminação.

Atualmente, o projeto de lei nº 134/2018 está em trâmite, sua última movimentação foi no dia 15/03/2019, oportunidade na qual foi distribuído ao seu relator, o Senador Paulo Rocha, para emitir relatório.

Em que pese a existência de algumas leis federais que tratam, de forma pontual, sobre a questão LGBTQIA+, a omissão do Poder Legislativo é evidente, considerando que não há lei específica que discipline os direitos desta população.

Nesse mesmo sentido, o projeto de lei que visa instituir o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero está há mais de três anos sem nenhuma movimentação, demonstrando mais uma vez o descaso do Poder Legislativo com a população LGBTQIA+.

2.1- A omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia e projetos de lei em trâmite sobre o tema

No Brasil não há lei que criminalize a homofobia. Essa omissão do Poder Legislativo foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no Supremo Tribunal Federal, a qual será analisada posteriormente em tópico específico.

Segundo dados do Relatório “Observatório de mortes violentas de LGBTI+ no Brasil – 2020”, pelo quarto ano consecutivo, o Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo. O destaque vai para o Estado de São Paulo, o qual é considerado pelos pesquisadores o epicentro da violência contra esse grupo social.

Sem legislação específica que tipifique a homofobia como crime, os casos de violência cometidos contra a população LGBTQIA+ são tratados como crimes comuns, caindo nas estatísticas da violência sem o recorte devido. Ou seja, são tratados como, por exemplo, uma lesão corporal comum. O problema decorrente é que sem dados específicos sobre a violência contra este grupo social fica mais difícil e complexo desenhar políticas públicas para prevenir e combater estes crimes. Até mesmo o interesse político de implementar tais políticas diminui, posto que sem números o problema fica camuflado, parecendo não existir.

Nesse sentido, é crucial que exista no país uma legislação que criminalize a homofobia para punir as violências perpetradas contra as pessoas LGBTQIA+, garantindo a efetivação de sua segurança e que as injustiças cometidas não fiquem impunes.

Ademais, com a existência do tipo penal da homofobia, os episódios podem ser contabilizados e, posteriormente, utilizados para o planejamento de políticas públicas que possuam como objetivo a eliminação da violência contra a população LGBTQIA+.

Considerando a competência para legislar, definida na Constituição Federal, compete à União, de forma privativa, legislar sobre o direito penal (art. 22, I).

Por sua vez, o Poder Legislativo, em âmbito nacional, é exercido pelo Congresso Nacional que é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (art. 44, CF/1988). Assim, a omissão legislativa tratada é de responsabilidade do Congresso Nacional.

Pesquisa realizada nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal revela que existem inúmeros projetos de lei em trâmite que versam sobre a criminalização da homofobia. Grande parte desses projetos possui como proposta a alteração da Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, para acrescentar a tipificação da discriminação quanto à identidade de gênero e à orientação sexual.

Por se tratarem de proposições idênticas ou com conteúdo próximo, a maioria está apensada a projetos de leis similares e aguarda movimentação. Nesses casos, a inércia ocorre em razão da morosidade de seus relatores ou das comissões temáticas.

Dentre os projetos em trâmite sobre o tema, destaca-se o projeto de lei nº 5003/2001, iniciado na Câmara dos Deputados, o qual possuía a seguinte ementa *“Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas”*. Diferentemente das outras propostas, este projeto de lei apresentava um

rol de situações consideradas discriminatórias, perpetradas em razão da orientação sexual da pessoa e também estabelecia sanções aos infratores.

Sua justificativa alertava para o perigo da estagnação do Direito e da legislação ante os avanços da Sociedade brasileira. Ainda, ressaltava o dever de o Poder Legislativo encontrar mecanismos efetivos para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, independente da raça, cor, religião, opinião política, sexo ou orientação sexual. Respeitando-se, assim, as diferenças e garantido o pleno exercício da cidadania (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2001).

Posteriormente, o projeto de lei nº 5003/2001, foi aglutinado a outras propostas legislativas similares dando origem ao Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006.

O PLC 122/2006 propunha a tipificação das discriminações motivadas pelo gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero com o acréscimo dos tipos penais a Lei nº 7.716/1989.

Também descreveu e tipificou condutas discriminatórias no âmbito social, laboral, privado e público. Em seu artigo 7º, por exemplo, criminalizou a conduta de proibição da livre expressão e manifestação de afetividade do “*cidadão homossexual, bissexual ou transgênero*”.

Em 2006, o projeto obteve aprovação unânime no Plenário da Câmara dos Deputados e foi encaminhado ao Senado Federal. Nos quase 10 anos em que o processo esteve em trâmite na casa legislativa, ele foi arquivado uma vez, depois desarquivado e também foi apensado a um projeto de lei, com posterior desvinculação. Até que, em 2015, o Congresso Nacional o arquivou por falta de tramitação no Senado Federal.

Durante todo o processo de tramitação do projeto, houve grande resistência da bancada evangélica¹ para que ele não fosse aprovado. A alegação principal era que o projeto violava a liberdade religiosa, institucional e de expressão, bem como a livre manifestação do pensamento.

Segundo dados do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP, 2018), nesse mesmo período, a bancada evangélica cresceu no Congresso Nacional.

As principais pautas deste grupo, que atua de forma coordenada, são temas relacionados a costumes, à moral, à honra da família tradicional e a defesa da vida. Desta forma, a criminalização da homofobia foi e continua sendo alvo dos membros da bancada evangélica que tentam barrar qualquer projeto de lei com essa proposta ou temas relacionados aos direitos das pessoas LGBTQIA+.

Ressalta-se que os projetos de lei analisados foram propostos no início dos anos 2000, com textos e justificativas extremamente atuais, e que, até hoje, nenhum projeto de lei que tipifica a homofobia como crime foi aprovado no Congresso Nacional. Assim, evidente a omissão e a morosidade do Poder Legislativo no que diz respeito à criminalização da homofobia no Brasil.

2.2- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

O texto constitucional possui diversos dispositivos que mencionam a necessidade de criação de leis que devem regulamentar o exercício de um direito. Conforme ensina o constitucionalista Virgílio Afonso da Silva (2021, p.567), a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando a Constituição exige uma ação do Estado e este se omite.

¹ Segundo o DIAP (2018), a bancada evangélica é um grupo de parlamentares que se unem para se alinhar em votações que consideram importantes para sua religião. Integram a bancada os parlamentares que ocupam cargos nas estruturas das instituições religiosas, cantores de música gospel e aqueles que professam a fé segundo a doutrina evangélica.

Nesse sentido, quando um artigo da Constituição exige que seja criada lei infraconstitucional para regulamentar o exercício de determinado direito e nenhuma lei é criada, ocorre a inconstitucionalidade por omissão.

Sobre a omissão constitucional do Estado, o STF (2019, p.9), no acórdão da ADO nº 26, dispôs:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. Doutrina. Precedentes (ADI 1.458--MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

– Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas expostas a situações de vulnerabilidade.

A Constituição Federal prevê dois remédios para os casos desta omissão estatal, quais sejam o mandado de injunção² e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Esses remédios integram o controle de constitucionalidade, o qual decorre da supremacia da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro. A preservação dessa supremacia requer um controle de compatibilidade das leis e atos normativos com a Constituição, controle este exercido por agente ou agentes que o próprio texto constitucional define como competentes (SILVA, 2021, p.565).

No Brasil, o agente competente para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual é o STF, conforme dispõe o artigo 102, I, “a” da CF/1988.

² Conforme dispõe o inciso LXXI do artigo 5º da CF/1988, o mandado de injunção será concedido “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O objetivo central da ADO é provocar legítima reação jurisdicional destinada a impedir o desprestígio e o desprezo da Constituição Federal, bem como garantir a proteção a princípios, direitos e garantias nela previstos e a parar a erosão da consciência constitucional (STF, 2019, p.9).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está prevista no artigo 103, parágrafo 2º da CF/1988. O dispositivo define omissão como a ausência de medida para tornar efetiva norma constitucional.

Em relação à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o artigo 103 da CF/1988 e o artigo 2º da Lei nº 9.868/1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, elencam o rol de legitimados:

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Já o artigo 3º do mesmo diploma legal estabelece que a petição deverá indicar o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações e o pedido com suas especificações.

No polo passivo da ADO constará o órgão competente, diante da disposição constitucional, pela adoção das medidas cuja ausência gerou a inconstitucionalidade apontada.

Por último, como efeito da decisão proferida nos autos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, conforme estabelece o artigo 103, parágrafo 2º da CF/1988, o Poder competente será notificado para que adote as providências necessárias para sanar a omissão.

2.3- A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e a aplicação da Lei nº 7.716/1989 pelo STF aos crimes de homofobia

Com base na omissão do Congresso Nacional tratada anteriormente, o Partido Popular Socialista (PPS), em 2013, ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26.

Em síntese, a ADO nº 26 tinha o objetivo de criminalizar todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente as ofensas, individuais e coletivas, os homicídios, as agressões, as ameaças e as discriminações baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, reais ou supostas.

Os autores defendem que a homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo com base no entendimento construído pela Suprema Corte brasileira no caso *Ellwanger* (STF, Habeas Corpus nº 82.424-4/RS), oportunidade na qual se estabeleceu que o racismo é toda ideologia que prega a superioridade de um determinado grupo de pessoas em detrimento de outro.

Considerando que a discriminação perpetrada contra a população LGBTQIA+ implica na inferiorização deste grupo em relação às pessoas heterossexuais, a homofobia e a transfobia também devem ser consideradas espécies do tipo penal do racismo.

O principal fundamento da ADO nº 26 foi que o artigo 5º, XLII da Constituição Federal estabelece uma ordem de criminalizar relativa ao racismo, tendo em vista que define a prática do racismo enquanto crime inafiançável e imprescritível, determina que será sujeito à pena de reclusão e estabelece que lei infraconstitucional deverá regulamentá-lo.

Assim, apesar de já existir lei que criminaliza o racismo de forma restrita, aqui entendido como a prática de conduta discriminatória em razão da raça, segundo os autores da ação, há omissão legislativa decorrente da ausência de criminalização de ações de discriminação perpetradas em razão de identidade de gênero e de orientação sexual.

Subsidiariamente e também baseado em ordens constitucionais de criminalizar, utilizou-se como argumento a ordem de punir qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF/1988) e, ainda subsidiariamente, baseou-se no princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, CF/88).

No tocante aos pedidos, requereu-se que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter criminalizado a homofobia e a transfobia.

Solicitou-se também a responsabilização civil do Estado brasileiro em razão de todos os danos materiais, morais e estéticos sofridos pelas vítimas de homofobia e transfobia, bem como a responsabilização civil dos parlamentares responsáveis pela inércia estatal, na qualidade de devedores solidários diante da responsabilidade objetiva do Estado, prevista no artigo 37, § 6º, da CF/1988.

Por último, requereu-se que, após a ciência sobre a mora inconstitucional do Poder Legislativo Federal, caso a inércia deste permanecesse, o STF ou outro órgão competente deveria elaborar a normatização da homofobia e transfobia.

O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ADO nº 26. Por maioria, julgou-a procedente, concedendo-lhe eficácia geral e efeito vinculante, a partir da data de conclusão do julgamento.

O Supremo reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na confecção legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/1988. Consequentemente, declarou a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União.

Ainda, conforme define o art. 103, § 2º, da CF/1988, decidiu cientificar o Congresso Nacional para sanar a omissão declarada.

O STF acolheu a tese dos autores a respeito do conceito de racismo utilizado no texto constitucional, entendendo tratar-se de conceito mais amplo e que, portanto, pode ser utilizado para abarcar outras formas de discriminação, *in verbis*:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito (STF, 2019, p.6).

A Suprema Corte entendeu que as condutas de homofobia e transfobia configuram atos delituosos passíveis de repressão penal, em razão dos mandados constitucionais de criminalização previstos no artigo 5º, incisos XLI e XLII da CF/1988, por se tratarem de expressões de racismo em sua dimensão social.

Assim, decidiu que enquanto o Congresso Nacional não editar lei destinada a implementar os referidos mandados de criminalização, as condutas de homofobia e transfobia, reais ou supostas, eivadas de ódio à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguma pessoa, por serem expressões de racismo, em sua dimensão social, adequam-se aos preceitos de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989, popularmente conhecida como Lei do Racismo.

Da mesma forma, incorrem também, na hipótese de homicídio doloso, em circunstâncias que o qualificam por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

No tocante à liberdade religiosa, o Supremo entendeu que deve existir uma harmonia entre o dever estatal de reprimir práticas ilícitas contra membros integrantes do grupo LGBTQIA+ e a liberdade fundamental de professar qualquer fé religiosa, senão vejamos:

(...) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (STF, 2019, p.7).

A liberdade de pensamento e de expressão não pode ser álibi para violação de direitos fundamentais da população LGBTQIA+ ou de qualquer outro grupo de pessoas (Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13, § 2º, “a”).

O STF entendeu que a intolerância dirigida contra a comunidade LGBTQIA+ é inadmissível, pois, em verdade, configura-se como discurso de ódio. Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) dispõe, em seu artigo 13, § 5º: “*A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*”.

Assim, o Tribunal definiu que a tolerância é a “*harmonia na diferença*” e que esta consiste no respeito pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos.

Ressalta também que a proteção que a Constituição Federal concede à liberdade de manifestação do pensamento possui caráter abrangente e abarca

também aquelas ideias e pensamentos não-hegemônicos que geram discordância ou que suscitam intenso clamor popular.

Desta forma, a proteção constitucional à liberdade de expressão consiste em garantir o direito de todos os cidadãos poderem sustentar suas ideias, ainda que estas não estejam de acordo com a opinião da maioria das pessoas de uma nação. A Suprema Corte entende que este direito é característica essencial dentro de uma democracia:

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância (STF, 2019, p.8).

Em que pese o direito fundamental da liberdade de expressão, o discurso de ódio, assim compreendido como condutas de exteriorizações e de manifestações que incitem a discriminação, a violência, física ou moral, e a hostilidade contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal definiu que o direito de liberdade de expressão deve ser assegurado e, acima de tudo, sua existência e proteção são fundamentais dentro de um regime democrático. Todavia, a argumentação de que se pode pronunciar qualquer tipo de ideia e pensamento sob o manto da liberdade de expressão e da liberdade religiosa são falácias, tendo em vista que, na maioria das vezes, são casos de discurso de ódio perpetrado contra grupos socialmente minoritários.

Assim, o exercício da liberdade de expressão e da liberdade religiosa deve ser concretizado respeitando as diferenças e os direitos fundamentais dos demais cidadãos.

No julgamento da ADO nº 26 também foram votadas e fixadas, por maioria dos votos dos Ministros, três teses.

A primeira estabeleceu que, enquanto perdurar a omissão do Congresso Nacional, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, serão tipificadas segundo os preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/1989. Na hipótese de homicídio doloso, serão consideradas circunstâncias qualificadoras, por configurar motivo torpe.

A segunda tese definiu que a repressão penal à prática da homofobia e da transfobia não restringe o exercício da liberdade religiosa.

A última tese fixada diz respeito ao conceito de racismo. Este deve ser compreendido também em sua dimensão social, não se restringindo a aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos. Isto porque a conduta racista é uma manifestação de poder e também o produto de uma construção histórico-cultural que objetiva justificar a desigualdade social.

O pedido de condenação do Estado brasileiro em razão de suposta responsabilidade civil decorrente da inércia do Poder Legislativo foi negado, isto porque é inviável a formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedidos que abarcam situações individuais ou interesses subjetivos.

No acórdão, os Ministros destacam que nenhuma pessoa, em um regime democrático de Direito, pode ser privada de seus direitos ou sofrer qualquer forma de restrição em sua esfera jurídica por causa de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Apesar da omissão constitucional do Congresso Nacional ainda persistir, o julgamento pelo Supremo da ADO nº 26 foi importante conquista para a população LGBTQIA+, considerando que houve a criminalização da homofobia e da transfobia mediante a aplicação da Lei nº 7.716/1989 as essas condutas.

Capítulo 3- O papel fundamental do Poder Executivo na perpetuação da homofobia

3.1- As Políticas Públicas e seus objetivos

O jurista Fábio Konder Comparato (1997, p. 45) conceitua política pública *“como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”*. Comparato explica que as Constituições do Estado Dirigente impõem objetivos ao governo e à sociedade civil, os quais são efetivados através das políticas públicas.

Por sua vez, a jurista Maria Paula Dallari Bucci (2006) define políticas públicas como *“programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos e prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto”*.

Bucci (2013, p. 47) destaca que não há um conceito jurídico de políticas públicas, isto porque *“as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública”*. Conclui a jurista que, apesar de não existir uma definição jurídica, deve haver uma metodologia jurídica para descrever e analisar as políticas públicas para que a forma e os processos jurídicos necessários para elaborá-las sejam construídos.

Baseando-se nos conceitos propostos pelos professores anteriormente citados, os integrantes dos Poderes Públicos devem analisar o texto constitucional brasileiro em busca dos objetivos designados pelo constituinte originário afim de concretizá-los mediante a implementação de políticas públicas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre diversos direitos e garantias fundamentais, bem como sobre os fins primordiais do Estado brasileiro, quais sejam:

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

Desta forma, as políticas públicas devem ser elaboradas com base nos objetivos fundamentais do país, buscando concretizá-los, e devem buscar também a efetivação dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nesse sentido, o Procurador de Justiça Gianpaolo Poggio Smanio (SMANIO, Gianpaolo; BERTOLIN, Patrícia, 2013, p. 3) ensina que, no final do século XX, o tema das Políticas Públicas ganhou grande importância no país. Isto ocorreu, dentre vários motivos, porque se percebeu que o amplo rol de direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988, bem como a disposição de instrumentos para realizar tais direitos não foi medida suficiente para, de fato, garantir sua efetivação.

Segundo Smanio (SMANIO, Gianpaolo; BERTOLIN, Patrícia, 2013, p. 3), entendeu-se que a consecução dos direitos sociais dependia da atuação eficaz dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dos órgãos do Estado e de um trabalho eficiente do governo.

Assim, as ações dos três Poderes que constituem o Estado devem estar em consonância para planejar, criar e executar as políticas públicas. O Poder Legislativo ou o Poder Executivo podem propô-las, o Poder Legislativo cria as leis referentes a uma determinada política pública e o Poder Executivo é o responsável pelo planejamento da ação e a consequente aplicação da medida.

Por último, o Poder Judiciário é o responsável pelo controle da lei criada e confirma se ela é adequada para cumprir o seu objetivo.

O Estado de Direito ou Estado Constitucional, é a forma política segundo a qual os poderes atuam, de maneira autônoma e independente, submetidos à legalidade e aos objetivos estabelecidos no texto constitucional. As políticas públicas são instrumentos para a concretização dos direitos e objetivos fundamentais previstos na Constituição (SMANIO, Gianpaolo; BERTOLIN, Patrícia, 2013, p. 12).

Desta forma, quando o assunto são direitos fundamentais, é essencial que se aborde a questão das políticas públicas para a consecução destes. No tocante aos direitos da população LGBTQIA+ e sua implementação, necessário analisar as ações e omissões do Poder Executivo.

3.2- Políticas públicas destinadas a população LGBTQIA+ no Brasil

A partir dos anos 2000, com a influência e a pressão de movimentos sociais LGBTQIA+, diversas políticas públicas destinadas à esta população foram criadas no país. (CÉSAR, Maria Rita; DUARTE, André, 2017)

Em 2001, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD-LGBT), fruto de medidas adotadas pelo governo brasileiro para a implementação das recomendações oriundas da Conferência de Durban³.

Conforme informações do site do Governo Federal, era um órgão colegiado composto por 30 membros, sendo metade da Sociedade Civil e os outros quinze do Governo Federal. Vinculado ao antigo Ministério dos Direitos Humanos, foi criado por meio da Medida Provisória nº 2216-37/2001.

³ Em setembro de 2001, na cidade de Durban, na África do Sul, ocorreu a III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Correlatas. A Conferência teve como produto uma Declaração e um Plano de Ação que expressam o compromisso dos Estados na luta contra a discriminação.

O Conselho tinha como finalidade a formulação e a proposição de diretrizes de ação governamental destinadas ao combate da discriminação e à promoção e defesa dos direitos da população LGBTQIA+, no âmbito do Governo Federal.

No ano seguinte, o governo federal lançou a segunda versão do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH II) com uma seção específica sobre a população LGBTQIA+ e outra sobre orientação sexual.

Na seção que trata sobre orientação sexual, foram propostas 5 ações:

- 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. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2002, p.12)

Já na seção sobre a população LGBTQIA+, destaca-se a ação número 245, *“Estimular a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas para a promoção social e econômica da comunidade GLTTB”*. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2002, p.19)

Em 2003, com a eleição à presidência de Luís Inácio Lula da Silva, o diálogo do governo federal com os movimentos sociais e entidades LGBTQIA+ aumentou, fator que gerou, por conseguinte, maior implementação de políticas públicas específicas para esta comunidade.

Importante iniciativa ocorreu no ano de 2004, oportunidade na qual foi lançado pelo Governo Federal o programa “Brasil Sem Homofobia”, o qual tinha como objetivo a promoção da cidadania homossexual e o combate a homofobia no âmbito do Poder Público, conforme o texto do programa destaca:

Um dos objetivos centrais deste programa é a educação e a mudança de comportamento dos gestores públicos. Buscamos a atitude positiva de

sermos firmes e sinceros e não aceitarmos nenhum ato de discriminação e adotarmos um “não à violência” como bandeira de luta. A expectativa é que essa integração interministerial, em parceria com o movimento homossexual, prospere e avance na implementação de novos parâmetros para definição de políticas públicas, incorporando de maneira ampla e digna milhões de brasileiros. As políticas públicas traduzidas no Programa serão exitosas porque é uma decisão de todos, elaboradas pelo consenso. Entretanto, a participação de cada um de nós como cidadão é importante para a consolidação dos direitos humanos como direito de todos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.7)

O Programa possuía como princípios a inclusão de uma ótica de atuação de não-discriminação por orientação sexual nas políticas públicas e estratégias do Governo Federal, bem como a realização da promoção dos direitos humanos da população LGBTQIA+.

Outro princípio era a produção de conhecimento, realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta, para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas destinadas ao combate à violência e à discriminação por orientação sexual.

O último princípio do programa tratava-se da reafirmação do compromisso do Estado brasileiro em realizar o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.11-12)

O programa possuía caráter transversal, englobando ações em diversos setores do Governo Federal e promovendo políticas públicas em áreas variadas como segurança, educação e cultura.

Sua criação foi resultado da reivindicação de grupos LGBTQIA+ por políticas públicas que não se limitassem ao enfrentamento do HIV-Aids. Destaca-se a intensa participação destes grupos também na elaboração do programa, propondo ações baseadas em suas experiências pessoais de militância e nos exemplos de outros locais, conforme aponta Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos à época:

O Programa “Brasil sem Homofobia” é uma articulação bem sucedida entre o Governo Federal e a Sociedade Civil Organizada, que durante aproximadamente seis meses se dedicou a um trabalho intenso, fundamental para o alcance do resultado apresentado nesta publicação. Quero manifestar

o nosso agradecimento ao esforço de todos os militantes e à Janaína, que na sua passagem pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação deixou um testemunho de coragem e dignidade. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.7)

“*Brasil sem Homofobia*” foi um programa extremamente avançado, em razão da sua elaboração democrática, que teve atuação da sociedade civil interessada, de sua ampla abrangência e de seu programa de ações que englobava 11 frentes, quais sejam:

- I- Articulação da Política de Promoção dos Direitos de Homossexuais;
- II – Legislação e Justiça;
- III – Cooperação Internacional;
- IV – Direito à Segurança: combate à violência e à impunidade;
- V – Direito à Educação: promovendo valores de respeito à paz e à não-discriminação por orientação sexual;
- VI – Direito à Saúde: consolidando um atendimento e tratamentos Iguais;
- VII – Direito ao Trabalho: garantindo uma política de acesso e de promoção da não-discriminação por orientação sexual;
- VIII – Direito à Cultura: construindo uma política de cultura de paz e valores de promoção da diversidade humana;
- IX – Política para a Juventude;
- X – Política para as Mulheres;
- XI - Política contra o Racismo e a Homofobia.

(MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2004, p.19-26)

Apesar do processo de elaboração do programa “*Brasil Sem Homofobia*” ter sido democrático, atendendo aos anseios da população interessada, o mesmo não atingiu seus objetivos de modo satisfatório, fator que suscitou a convocação da 1ª Conferência Nacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais para discutir medidas para efetivação do programa.

Desta forma, em 2008 ocorreu a 1ª Conferência Nacional GLBT (conforme visto anteriormente, esta sigla era utilizada à época) que teve como resultado o documento intitulado “Carta de Brasília”, o qual cobrou ações do Poder Público para efetivar os direitos fundamentais da comunidade:

Consideramos que a luta pelo direito à livre orientação sexual e identidade de gênero constitui legítima reivindicação para o avanço dos direitos humanos em nossa sociedade e para o aprimoramento do Estado Democrático de Direito; Para tanto, solicitamos urgência na criação do Plano Nacional de Direitos Humanos e Cidadania LGBT; o cumprimento dos objetivos do Programa Brasil sem Homofobia e a aprovação dos projetos de lei que criminaliza a homofobia; que reconhece a união civil de pessoas do mesmo

sexo e que autoriza a mudança do nome civil das travestis e transexuais pelo seu nome social; Por isso, nós, participantes da Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais reivindicamos ao Poder Público (nos três níveis) que se aprofunde esforços, reflexões e ações em prol da consolidação de direitos de toda a comunidade LGBT, a fim de que as futuras gerações possam viver num mundo onde toda modalidade de preconceito e discriminação, motivadas por questões raciais, religiosas, políticas e de orientação sexual e identidade de gênero, estejam definitivamente suprimida do convívio humano. (2008)

Os debates realizados durante a Conferência e suas propostas subsidiaram a elaboração do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, o qual foi lançado em 2009.

O Plano discorre sobre diretrizes e ações que devem ser observadas durante a elaboração de Políticas Públicas destinadas à população beneficiada pelo mesmo. Assim, pretendia mobilizar o Poder Público e a Sociedade Civil Organizada na consolidação de um pacto democrático, tendo como base preceitos éticos e políticos que visam à garantia de direitos fundamentais e o exercício pleno da cidadania. (BRASIL, 2009, p. 9)

O Plano possuía como objetivo geral a construção de políticas públicas voltadas à inclusão social e ao combate das desigualdades que assolavam a população LGBTQIA+. Buscava ainda, propor e implementar tais políticas mediante a intersetorialidade e transversalidade, coordenando diversos ministérios e secretarias do Governo Federal para trabalharem juntos. (BRASIL, 2009, p. 10)

Os objetivos específicos do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais eram:

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.

(BRASIL, 2009, p. 10)

Ainda no ano de 2009, aconteceu a criação da Coordenação-Geral de Promoção dos Direitos LGBT (CGPDLGBT), no âmbito da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, através do Decreto nº 6.980/2009.

No final de 2010, através do Decreto nº 7.388/2010, foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD), integrante da estrutura básica da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.

Conforme estabelecido em seu artigo 1º, o Conselho era um órgão colegiado, composto por 30 membros, sendo metade representantes do Poder Público Federal e a outra metade representantes da sociedade civil. Possuía natureza consultiva e deliberativa, no âmbito de suas competências, tendo a função de formular e propor diretrizes de ação governamental, em âmbito nacional, destinadas ao combate da discriminação, bem como à promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Em 2011, foi realizada a 2ª Conferência Nacional LGBT com o tema *“Por um país livre da pobreza e da discriminação, promovendo a cidadania de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais”* e foi precedida de 27 conferências estaduais e diversas conferências regionais e municipais. (BRASIL, 2011, p. 15)

A Conferência tinha como um dos objetivos principais avaliar a efetividade das ações previstas no Plano Nacional de Políticas Públicas para a População LGBT, resultado da 1ª Conferência, e traçar novas metas, propostas e diretrizes para as políticas destinadas a esta população no âmbito do Governo Federal. (BRASIL, 2011, p. 15)

Destaca-se o tema abordado no painel 2 da Conferência, o qual foi intitulado como *“Políticas Públicas e Direitos da População LGBT”*.

Na fala de abertura do painel, o Secretário-Executivo da Secretaria-Geral da Presidência da República, Rogério Sottili, reafirmou o compromisso do Governo Federal com a garantia de direitos e a rejeição de qualquer prática homofóbica, bem como apontou a necessidade de se fortalecer as estratégias para alcançar os

objetivos firmados. O Secretário-Executivo demonstrou ainda grande preocupação com os segmentos sociais e públicos contrários aos pleitos da cidadania LGBTQIA+. (BRASIL, 2011, p. 68-71)

Como resultado, a 2ª Conferência Nacional LGBT traçou diretrizes e propostas para as áreas da educação, enfrentamento ao sexismo e machismo, enfrentamento ao racismo e a promoção da igualdade racial, poder legislativo e direitos da população LGBT, saúde, políticas de juventude e de recorte intergeracional, sistemas de justiça, segurança pública e combate à violência, direitos humanos e participação social, trabalho, geração de renda e previdência social, cultura, turismo, desenvolvimento social e combate à miséria, comunicação social, pacto federativo e articulação orçamentária e esporte. (BRASIL, 2011, p. 111-130)

Além das diretrizes e propostas, a 2ª Conferência influenciou na criação do Comitê Técnico de Cultura LGBT (2012), a confecção dos Relatórios de Violência Homofóbica (2012 e 2013), o lançamento do Sistema Nacional de Promoção de Direitos e Enfrentamento à Violência contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (2013) e a criação do Comitê Nacional de Políticas Públicas LGBT (2014). (BRASIL, 2016, p. 8-9)

Em 2016, foi realizada a 3ª Conferência Nacional LGBT com o tema “*Por um Brasil Que Criminalize a Violência Contra Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais*”.

O objetivo principal da 3ª Conferência era debater estratégias para coibir a violação dos direitos humanos das pessoas LGBTQIA+. Os trabalhos foram distribuídos em quatro eixos temáticos:

Eixo I – Políticas Intersetoriais, Pacto Federativo, Participação Social e Sistema Nacional de Promoção da Cidadania e Enfrentamento da Violência Contra a População LGBT.

Eixo II – Educação, Cultura e Comunicação em Direitos Humanos.

Eixo III – Segurança Pública e Sistema de Justiça na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos da População LGBT.

Eixo IV – Marcos Jurídicos e Normativos para o Enfrentamento à Violência Contra a População LGBT.

(BRASIL, 2016, p. 9)

Além do conjunto de propostas aprovadas, a 3ª Conferência teve como resultado concreto para a ampliação e efetivação de direitos, a publicação do Decreto Presidencial nº 8.727/2016, o qual dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. (BRASIL, 2016, p. 124)

o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH) foi extinto em 2016, após a posse de Michel Temer como presidente interino. No ano seguinte, o Ministério foi recriado com o nome de Ministério dos Direitos Humanos (MDH).

No ano de 2019, o governo de Jair Bolsonaro, mediante a Lei nº 13.844/2019, fez uma reestruturação no Ministério dos Direitos Humanos, o qual foi renomeado para Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). A Secretaria de Direitos Humanos (SDH), a Secretaria de Políticas para Mulheres (SPM), a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e a Secretaria Nacional da Juventude (SNJ) foram todas aglutinadas ao novo Ministério.

A Seção XIII da Lei nº 13.844/2019 versa sobre a competência e a estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. No artigo 43, são elencadas as áreas de competência do Ministério:

Art. 43. Constituem áreas de competência do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos:

I - Políticas e diretrizes destinadas à promoção dos direitos humanos, incluídos os direitos:

- a) da mulher;
- b) da família;
- c) da criança e do adolescente;

- d) da juventude;
- e) do idoso;
- f) da pessoa com deficiência;
- g) da população negra;
- h) das minorias étnicas e sociais;

Destaca-se que não há menção sobre a população LGBTQIA+. A alínea “h”, restringe-se a definir como direitos “*das minorias étnicas e sociais*”, configurando-se como grande retrocesso a retirada de menção expressa a esta comunidade.

Nesse sentido, importante ressaltar também que a chefia do Ministério foi atribuída à pastora e advoga Damares Alves, conhecida por sua atuação na Frente Parlamentar Evangélica. Em comemoração à sua posse como ministra, Damares prometeu: “*É uma nova era no Brasil. Menino veste azul e menina veste rosa*”⁴.

Na Lei Orçamentária Anual de 2020, a primeira editada pelo governo Bolsonaro, o orçamento do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos não criou ação específica para políticas LGBTQIA+. (BRASIL, 2020)

Durante o governo de Michel Temer, em 2018, foi publicado o decreto nº 9.453/2018 convocando a 4ª Conferência Nacional LGBT com o tema “*A Garantia do Direito à Diversidade Sexual e de Gênero para a Conquista da Democracia*”, a ser realizada no ano de 2019. Entretanto, em 2020, o governo Bolsonaro publicou o Decreto nº 10.346/2020, o qual revogou a convocação anterior, motivo pelo qual a 4ª edição da Conferência Nacional não ocorreu.

Em 2021, o Governo Federal, por meio do Decreto nº 10.883/2021, dentre outras disposições, fundiu o Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT a outros departamentos, originando o Departamento de Proteção de Direitos de Minorias Sociais e Populações em Situações de Risco.

⁴ Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/menino-veste-azul-menina-veste-rosa-diz-damares-alves-em-video-23343024>>. Acesso em 02 out.2022.

A análise do histórico recente de ações governamentais, em sentido amplo, e da implementação de políticas públicas destinadas à população LGBTQIA+, necessária a realização de alguns apontamentos.

Evidencia-se que nos governos do Partido dos Trabalhadores, considerados de esquerda, houve abertura de meios de comunicação eficientes entre a sociedade civil interessada e o Governo Federal, possibilitando um diálogo maior com o Poder Público.

Nesse sentido, durante esse período, foram formuladas diversas políticas públicas para a comunidade LGBTQIA+, contando com as reivindicações da própria população interessada, através, principalmente, das Conferências Nacionais.

Uma pesquisa publicada no ano de 2021 que tinha como objetivo a identificação da discussão sobre políticas públicas voltadas à população LGBTQIA+ no país durante os anos 2000 e 2020, concluiu que:

Os principais pontos apresentados como entraves nas políticas públicas LGBT até então são a falta de arcabouço jurídico, especificamente a falta de leis que resguardem os direitos dessa população, falhas na interlocução entre Estado e sociedade civil, falta de previsão orçamentária para os planos e programas, e falta de representação política no meio LGBT. (SOUSA; MENDES, 2021, p. 653)

Outro fator apresentado pela pesquisa como entrave à efetivação de políticas públicas para a população LGBTQIA+, foi a adoção de um conceito estável de identidade de gênero. Isto porque, existem identidades consideradas fluidas, assim, um conceito que apresente estabilidade às identidades pode gerar novas segregações. (SOUSA; MENDES, 2021, p. 653)

Evidenciou-se ainda, durante a análise, que a eleição de Governos conservadores ou reacionários, influencia diretamente na perda de direitos fundamentais da população LGBTQIA+.

Nesse sentido, o avanço do conservadorismo no Brasil nos últimos anos, em especial dos segmentos religiosos, configurou na perda de diversos direitos fundamentais conquistados no período de governos mais inclusivos e democráticos.

Capítulo 4- O Poder Judiciário e a aplicação da Lei nº 7716/1989 aos crimes de homofobia

Conforme analisado anteriormente, a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADO nº 26, a respeito da criminalização da homofobia e da transfobia foi concedida em 13/06/2019 e seus efeitos foram modulados para valerem a partir desta data.

Ainda que recente, é importante analisar como os Tribunais estão julgando os casos que versam sobre a homofobia.

Em razão da abrangência e tamanho de uma pesquisa sobre o tema, optou-se por realizar a pesquisa jurisprudencial apenas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia e Ceará.

Isto porque, o objetivo da análise não é aprofundar-se na aplicação judicial das condutas homofóbicas, mas entender, em linhas gerais, quais são as teses que estão sendo aplicadas pelo Poder Judiciário, bem como se os casos de homofobia estão sendo judicializados.

Ademais, ressalta-se que a escolha dos Estados a serem analisados foi aleatória.

Pesquisando-se os termos “homofobia”, “crime de homofobia” e “crimes resultantes de preconceito de raça ou cor” nos sites dos Tribunais de Justiça dos Estados acima elencados, foram encontrados, por Estado, uma média de um a dois casos.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, foram encontrados dois resultados para os termos pesquisados.

O primeiro caso trata-se de Apelação Criminal decorrente do crime de racismo cometido por intermédio de publicação em rede social, conduta prevista no art. 20, §2º, da Lei 7.716/89.

O Ministério Público havia recorrido da sentença para absolver o réu, pois entendeu tratar-se de conduta atípica. No entanto, o Tribunal entendeu que os crimes ocorreram e a tipicidade foi devidamente demonstrada.

O réu postou mensagens em redes sociais com nítido caráter ofensivo e preconceituoso. As manifestações discriminatórias foram fundadas em características fenotípicas ligadas à raça e à cor, bem como ligada à orientação sexual e a identidade de gênero.

Destaca-se que, no acórdão⁵, os desembargadores, ao julgar a conduta de homotransfobia utilizando-se da Lei do Racismo, aplicaram o entendimento firmado pelo STF nos autos da ADO nº 26, qual seja a necessária aplicação da legislação que tipifica o crime de racismo às condutas de homofobia e transfobia. No acórdão, entenderam que o ato analisado se configura crime de racismo em sua dimensão social e que o discurso de ódio foi configurado.

No segundo caso do Estado de São Paulo, a decisão recorrida rejeitou queixa-crime de injúria, ameaça e homofobia/injúria racial, alegando a falta de legitimidade ativa para a ação penal relativamente aos crimes de ameaça e homofobia/injúria racial.

Segundo a decisão, tratam-se de crimes de ação penal pública, cuja titularidade é exclusiva do Ministério Público. O acórdão manteve a decisão de 1º grau sob o seguinte fundamento:

A decisão atacada houve por bem rejeitar a queixa. E com razão. Isso porque dois dos crimes imputados às quereladas (artigo 147 do C. Penal e artigo 20

⁵ TJSP; Apelação Criminal 1501837-30.2020.8.26.0482; Relator (a): Freire Teotônio; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 27/05/2022; Data de Registro: 27/05/2022.

da Lei n.º 7.716/89) são de ação penal pública incondicionada, cuja titularidade é exclusiva do Ministério Público, de modo que a hipótese, efetivamente, não comportava a iniciativa da parte em relação a esses fatos, por absoluta falta de titularidade ativa para a ação penal. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1003339-95.2020.8.26.0309; Relator (a): Pinheiro Franco; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jundiaí - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/06/2022; Data de Registro: 24/06/2022)

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para os parâmetros de pesquisa estabelecidos foi encontrado apenas um caso.

O caso⁶ é uma apelação cível em sede de ação indenizatória por danos materiais e morais causados por ato de homofobia. O autor foi abordado por seguranças da Universidade em que estudava em razão da suspeita de que ele estava trancado com seu amigo em uma cabine do banheiro supostamente praticando atos libidinosos.

Os rapazes foram retirados à força, agredidos verbalmente e humilhados pelos seguranças, os quais impediram que um dos rapazes ocultasse o rosto. A cena toda foi gravada em vídeo e, posteriormente, foi postada em redes sociais, gerando centenas de comentários ofensivos.

A sentença condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 8.000,00 em favor do primeiro demandante. Ambas as partes apelaram. O acórdão deu parcial provimento ao primeiro recurso para aumentar o valor da indenização e desprovimento do segundo.

O acórdão tratou da conduta como violação do direito à intimidade, a vida privada, à honra e à imagem das pessoas, de acordo com o disposto no artigo 5º, X, da CF/1988. Todavia, não adentrou na questão da homofobia propriamente dita, apenas afirmou que a orientação sexual dos rapazes não deveria ser objeto de análise para o caso.

A pesquisa realizada no Tribunal da Bahia apresentou um caso julgado após o julgamento da ADO nº 26 e outros quatro ocorridos e julgados anteriormente.

⁶ TJ/RJ, 0003889-24.2018.8.19.0002 - APELAÇÃO. Des(a). MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA - Julgamento: 11/05/2022 - QUARTA CÂMARA CÍVEL.

O caso⁷ julgado após a decisão da ADO nº 26 versava sobre direito de vizinhança. A autora relatou sofrer agressões verbais de conteúdo homofóbico e ameaças provindas de seus vizinhos. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os réus por danos morais e julgou improcedente pedido contraposto.

Os réus recorreram da sentença, todavia o recurso teve o provimento negado, sob o seguinte argumento:

Com isso, nas circunstâncias apuradas, evidenciado que a Autora foi vítima de agressões injuriosas graves, de cunho homofóbico, intolerável sob todos os ângulos, o pedido indenizatório não pode deixar de ser acolhido, encontrando recepção no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, e repercussão no art. 186, do Código Civil.

De fato, mostra-se presumível a quebra da tranquilidade da Autora ante as agressões verbais sofridas, trazendo implícitos os sentimentos de humilhação, tristeza, impotência e frustração, vulnerando sua intangibilidade pessoal, não podendo ocorrência da espécie ser tratada como mero aborrecimento ou simples dissabor, sob pena de servir de estímulo e alimentação de preconceito odioso. (TJ-BA, 2021)

Os quatro processos julgados antes da decisão concedida nos autos da ADO nº 26 tratavam-se de ações de indenização por danos morais. Três foram julgadas improcedentes por falta de provas⁸ e uma ação⁹ teve arbitrados os danos morais.

No Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a pesquisa apontou apenas um resultado para um processo que menciona a palavra homofobia.

⁷ TJ/BA, Recurso Inominado, Número do Processo: 0090812-12.2019.8.05.0001, Relator(a): ALBENIO LIMA DA SILVA HONORIO, Publicado em: 16/08/2021.

⁸ TJ/BA. Classe: Recurso Inominado, Número do Processo: 0119679-54.2015.8.05.0001, Relator(a): MARY ANGELICA SANTOS COELHO, Publicado em: 24/01/2019.

TJ/BA. Classe: Recurso Inominado, Número do Processo: 0007742-11.2014.8.05.0248, Relator(a): SANDRA SOUSA DO NASCIMENTO MORENO, Publicado em: 29/08/2018.

TJ/BA. Classe: Recurso Inominado, Número do Processo: 0003819-80.2016.8.05.0191, Relator(a): MARTHA CAVALCANTI SILVA DE OLIVEIRA, Publicado em: 26/07/2018.

⁹ TJ/BA. Classe: Recurso Inominado, Número do Processo: 0022580-07.2016.8.05.0080, Relator(a): SANDRA SOUSA DO NASCIMENTO MORENO, Publicado em: 30/05/2018.

Em síntese, o caso¹⁰ trata de homicídio qualificado tentado. A defesa dos réus pediu a absolvição sumária alegando que não há indícios suficientes de autoria e materialidade e requereu também a desclassificação para o crime de lesão corporal e a improcedência das qualificadoras imputadas no 1º grau. Os recursos foram improvidos.

No caso, foram aplicadas as qualificadoras previstas no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal. A qualificadora prevista no inciso I, qual seja o motivo torpe, configurou-se em razão da tentativa de homicídio ter sido praticada por duas supostas motivações, dentre elas está a homofobia.

O acórdão apenas menciona que um dos motivos da tentativa de homicídio foi a homofobia e mantém a aplicação da qualificadora de homicídio por motivo torpe fixada em 1º grau.

Conforme estudado anteriormente, o STF decidiu, nos autos da ADO nº 26, que as condutas de homofobia e transfobia, por serem expressões de racismo, em sua dimensão social, configuram-se em circunstâncias que qualificam o homicídio doloso por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “*in fine*”).

Desta forma, neste caso, o Tribunal de Justiça aplicou corretamente a qualificadora de motivo torpe no homicídio.

Diante da breve pesquisa jurisprudencial realizada em alguns Tribunais de Justiça do país, evidenciou-se que o número de demandas referentes à homofobia que chegam aos Tribunais Superiores são baixíssimos.

Apesar da decisão do STF sobre a criminalização da homofobia ter ocorrido há poucos anos, esperava-se que houvesse um número mais expressivo de judicialização dos casos de condutas homofóbicas.

¹⁰ TJ/CE, Recurso em Sentido Estrito - 0039342-75.2020.8.06.0001, Rel. Desembargador(a) HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA, 3ª Câmara Criminal, data do julgamento: 11/05/2021, data da publicação: 11/05/2021.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato do Brasil ser um dos países que mais mata sua população LGBTQIA+ não é por acaso. Em que pese a Constituição Federal de 1988 garantir a igualdade de todos os cidadãos, ainda existe muita discriminação e violência contra essa comunidade.

Nesse sentido, o Poder Público tem o dever de efetivar as previsões constitucionais para garantir e executar os direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+ no país, bem como evitar e punir eventuais violências perpetradas contra essa população.

No âmbito do Poder Legislativo, a omissão do Congresso Nacional em criminalizar a homofobia e editar legislações que garantam direitos, como, por exemplo, o projeto de lei que visa implementar o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero e que até hoje não foi aprovado, contribui diretamente para a perpetuação da homofobia e a falta de efetivação dos direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+.

No que diz respeito ao Poder Executivo, concluiu-se que a conquista de políticas públicas destinadas às pessoas LGBTQIA+ ocorreu após muita luta e que a orientação política do governo que está no poder influencia diretamente nas conquistas ou perdas de direitos.

Considerando o período que compreende os anos 2000 até 2021, os governos federais mais alinhados à esquerda ou ao centro, concretizaram mais políticas públicas à comunidade LGBTQIA+ do que aqueles localizados mais à direita do espectro político.

Nesse sentido, os mandatos à presidência do Partido dos Trabalhadores foram marcos importantes na conquista de direitos da população LGBTQIA+ que teve a oportunidade de manter um diálogo mais aberto com o Governo Federal para reivindicar suas pautas.

No sentido contrário, o atual mandato da presidência da República representou a extinção de políticas públicas anteriormente implementadas, bem como inflamou a população com discursos de ódio contra as pessoas LGBTQIA+.

Verificou-se que, o Poder Legislativo também é influenciado pela corrente política de seus integrantes. Nesse sentido, a frente parlamentar ligada às igrejas e o seu crescimento no Congresso Nacional impediu que inúmeros projetos de leis que visavam implementar direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+ fossem aprovados em decorrência da pressão política dos religiosos.

No tocante ao Poder Judiciário, a criminalização da homofobia pelo STF, em razão da omissão do Congresso Nacional, foi medida essencial para o combate à violência e discriminação contra a população LGBTQIA+.

Todavia, ainda é pouco expressivo os casos de homofobia que chegam aos Tribunais de Justiça, o que pode se dar em razão da pouca judicialização dos casos ou aqueles que foram judicializados não chegam aos Tribunais Superiores.

Verificou-se que o estado de violação dos direitos fundamentais da população LGBTQIA+ é fruto das omissões do Poder Público, em todos os seus âmbitos. Assim, a luta pela concretização dos direitos fundamentais das pessoas LGBTQIA+ passa, necessariamente, pela realização de cobrança aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário para que exerçam suas competências previstas no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ABGLT – Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. **Manual de Comunicação LGBT**. Curitiba: ABGLT, 2010. Disponível em: <https://data.unaids.org/pub/manual/2010/lgbo_communication_manual_20100301_pt.pdf>. Acesso em: 28 ago.22.

ACONTECE ARTE E POLÍTICA LGBTI+; GRUPO GAY DA BAHIA (GGB). **Observatório de Mortes Violentas de LGBTI+ no Brasil - 2020**: Relatório da Acontece Arte e Política LGBTI+; Grupo Gay da Bahia (GGB). Alexandre Bogas Fraga Gastaldi; Luiz Mott; José Marcelo Domingos de Oliveira; Carla Simara Luciana da Silva Ayres; Wilians Ventura Ferreira Souza; Kayque Virgens Cordeiro da Silva; (Orgs). – 1. ed. Florianópolis: Editora Acontece Arte e Política LGBTI+, 2021. Disponível em: < https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie_2020_Observatorio_Mortes_Violencias_contra_LGBTI_Brasil-AconteceLGBTI_GGB.pdf>. Acesso em: 19 set.22.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006**. Atividade Legislativa. Brasília. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em 28 ago. 22.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 ago. 22.

BRASIL. Governo Federal. Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT. Brasília/DF, 08/05/2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt>>. Acesso em 28 ago. 22.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. **Programa Nacional de Direitos Humanos PNDH II**. Brasília/DF, 2002. Disponível em: < <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/PNDH2.pdf>>. Acesso em 01 out. 22.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional LGBT. **Anais da 2ª Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT** - "Por um país livre da pobreza e da discriminação: Promovendo a Cidadania de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais". Brasília/DF, 2011. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/IIConferenciaNacionaldePoliticasPublicaseDireitosHumanosLGBT.pdf> >. Acesso em 01 out. 22.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Conselho Nacional LGBT. **Relatório Final – 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e**

Transesexuais. Brasília/DF, 2016. Disponível em: < <https://prceu.usp.br/wp-content/uploads/2021/04/relatorio-final-3a-conferencia-nacional-lgbt-1.pdf>>. Acesso em 01 out. 22.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – SEDH. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.** Brasília/DF, 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 01 out. 22.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2020.** Brasília/DF, 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13978.htm#view>. Acesso em 01 out. 22.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 134, de 2018.** Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Brasília, 21 mar. 2018. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7651096&ts=1630410582492&disposition=inline>>. Acesso em 28 ago. 22.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito.** In: Bucci, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4182322/mod_resource/content/1/BUCCI_Maria_Paula_Dallari._O_conceito_de_politica_publica_em_direito.pdf>. Acesso em 15 ago. 22.

CESAR, M. R. A.; DUARTE, A. M. Governo e pânico moral: corpo, gênero e diversidade sexual em tempos sombrios. Educar em Revista, Curitiba, v. 33, n. 66, p. 141-155, 2017. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/educar/article/view/54713/33976> >. Acesso em 28 ago. 22.

CFP - CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução CFP nº 001/99.** Brasília, 1999. Disponível em: < https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/1999/03/resolucao1999_1.pdf>. Acesso em 28 ago. 22.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS,** 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 05 ago. 22.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** Revista de informação legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48,

abr./jun. 1997 | Interesse público, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. 2002. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>> Acesso em: 05 ago. 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/DF: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf. Acesso em 28 ago. 22.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Estudos Feministas, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171, jan. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em 28 ago. 22.

DIAP. **Eleições 2018:** bancada evangélica cresce na Câmara e no Senado. DIAP. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. 18 outubro 2018. Disponível em:<<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/noticias/88900-eleicoes-2018-bancada-evangelica-cresce-na-camara-e-no-senado>>. Acesso em: 05 ago. 22.

GRASSI, Paulo R.; LAURENTI, Ruy. **Implicações da introdução da 10ª revisão da Classificação Internacional de Doenças em análise de tendência da mortalidade por causas.** Inf. Epidemiol. Sus, Brasília/DF, v. 7, n. 3, p. 43-47, set. 1998. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-16731998000300005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 13 out. 22.

MARSHALL CAVENDISH CORPORATION. **Sex and society.** 2010. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=YtsxeWE7VD0C&pg=PA593&lpg=PA593&dq=Pansexuality&source=bl&ots=YYqrMAWKKC&sig=ND_-SUQUYyN7Bw6e7w-v9pBYmRk&hl=en&sa=X&ei=ct9rUPCoKOTO2AWN7-oHIAw&redir_esc=y#v=onepage&q=Pansexuality&f=false> Acesso em 28 ago. 22.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. 2006. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em:<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 28 ago. 22.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2013.