

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

ANNA JULIA LAUAR HOLLERBACH FURTADO

UMA LEGISLAÇÃO-ÁLIBI – O DIREITO PENAL SIMBÓLICO:
Uma discussão sobre os usos do Direito Penal e sua eficácia na tratativa de atos de violência e
de preconceito contra a população LGBTQIA+

OURO PRETO

2025

Anna Julia Lauar Hollerbach Furtado

UMA LEGISLAÇÃO-ÁLIBI — O DIREITO PENAL SIMBÓLICO:

Uma discussão sobre os usos do Direito Penal e sua eficácia na tratativa de atos de violência e de preconceito contra a população LGBTQIA+

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Programa de Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), na Escola de Direito, Turismo e Museologia (EDTM), no Departamento de Direito, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André de Abreu Costa

OURO PRETO

2025



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO



FOLHA DE APROVAÇÃO

Anna Júlia Lauar Hollerbach Furtado

Uma legislação álibi - o Direito Penal Simbólico:

Uma discussão sobre os usos do direito penal e sua eficácia na tratativa de atos de violência e de preconceito contra a população LGBTQIA+

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em 10 de abril de 2025.

Membros da banca

Prof. Dr. André de Abreu Costa - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP)
Profa. Dra. Flávia Souza Máximo Pereira - (Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP)
Mestranda Luíza Cândida de Almeida (PPGD - Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP)

André de Abreu Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 10 de abril de 2025.



Documento assinado eletronicamente por **Andre de Abreu Costa, VICE-COORDENADOR(A) DE CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**, em 10/04/2025, às 10:28, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0890695** e o código CRC **37294D6C**.

AGRADECIMENTOS

O fechamento de um ciclo nunca é fácil, olhar para trás e relembrar minhas vivências é como uma montanha-russa, tenho orgulho da minha trajetória e de onde cheguei. A universidade me moldou como pessoa, deixando traços que ninguém conseguirá apagar. Durante este caminho, fiz um álbum de memórias guardadas no meu coração, minha história não faz sentido sem mencionar e agradecer quem fez parte dela.

Em primeiro momento, agradeço aos meus pais, minhas maiores inspirações e meus maiores apoiadores, quando eu mesma desconfiei de mim, vocês nunca pararam de crer, não existe ninguém no mundo que acredita tanto na minha pessoa como vocês. Mãe, Juliana, obrigada por sempre estar ali, sempre se preocupar, sempre pensar em mim em primeiro lugar, sempre lutar até o último segundo pela minha felicidade. Pai, Vinicius, obrigada por sempre me oferecer um conselho acompanhado de um abraço, sempre ouvir meus devaneios, sempre acreditar nos meus sonhos. Mãe e pai, obrigada por tudo!

Agradeço esse texto também a minha irmã Leticia, minha primeira referência, quem me ensinou a lutar pela felicidade. Desde pequena me inspirei em você, meu mundo foi expandido pelas portas que você abriu. Lele, você me mostrou que o mundo é muito mais do que eu pensava, que tem lugar para se viver bem, que a gente pode ser alegre mesmo no meio de um tornado. Eu agradeço imensamente por vir ao mundo como sua irmã.

Adiante, eu agradeço aos meus avós, Gera e Carlos, sei que sempre estarão olhando por mim. Vó, suas bençãos e suas orações acompanham meu caminho, me guiando para meu futuro. Vô, mesmo não estando aqui, eu sei que lá de cima você guarda por mim, meu fã número um.

Em seguida, eu agradeço às minhas amigas e amigos, meus companheiros de vida, aqueles que carrego no meu coração como irmãos. Vocês me ensinaram que o mundo pode ser colorido, que não se resume a tristeza e que sempre tem um pote de ouro no final do arco-íris. Em especial, obrigada a Luana, Giovanna, Camila, Ludmila e Midas por me presentear com a melhor adolescência que eu podia ter e por continuar do meu lado. Obrigada também a Anna Giulia, Maria Cecilia, Luiza, Adrian e Yandra por fazer a universidade valer a pena.

Necessário também agradecer a cada um dos projetos que me moldaram como pessoa. O primeiro de todos, a SIC, por me colocar no mundo de simulações e me fazer perceber que amo debater e aprender sobre o mundo. Agradeço ao TEMAS por me fazer persistir no sonho e entregar alguns dos melhores momentos da minha vida. Uma menção mais que honrosa a Ouvidoria Feminina por me fazer mais empática e me dar a oportunidade de ajudar outras

mulheres. Por fim, um agradecimento especial ao meu orientador, André, por sempre ouvir minhas opiniões, mesmo as mais malucas, e, principalmente, por me oportunizar a participar do GECIP. O grupo de estudos me ofereceu um espaço para estudar, para entender sobre o mundo e me entender no direito, ir ao GECIP todas as quintas era a parte mais legal da minha rotina, para sempre sentirei saudades.

Em último lugar, agradeço a Universidade Pública, a UFOP foi minha casa, foi uma mãe, foi o local que eu mais aprendi na minha vida. Ter a oportunidade de estudar com profissionais extremamente capacitados no direito me abriu os olhos para minha profissão e para o mundo que estou entrando agora. É uma oportunidade única que não trocaria por nada.

Acho que, no final, eu só sou muito grata pela minha vida e pelas pessoas que rodeiam!

Não importa se você é gay, hétero ou bi

“Lésbica, transexual

Estou no caminho certo, querido

Eu nasci para sobreviver

Não importa se você é negro, branco ou pardo

Hispânico ou oriental

Estou no caminho certo, querido

Eu nasci para ter coragem!”

(Lady Gaga, Born This Way)

À Anna Julia de 13 anos que me permitiu sonhar

“Só há um jeito de se viver: sem arrependimentos. Mais livre que qualquer pessoa”

RESUMO

Este estudo objetivou a análise da ADO n.º 26, decisão que criminalizou a LGBTQIA+fobia, sob a ótica do Direito Penal Simbólico, tendo como objetivo principal compreender o contexto do julgamento do STF e sua efetividade social na sociedade brasileira. A metodologia utilizada foi a jurídico-sociológica, por meio da pesquisa hipotético-dedutiva, com base na aplicação do método jurídico-diagnóstico e utilização da modalidade de pesquisa qualitativa. A hipótese é que a ADO n.º 26 se encerrou em sua função simbólica, sem real efetividade de diminuição da LGBTQIA+fobia. Os resultados indicam que o preconceito contra os dissidentes sexuais é um fenômeno multifacetado enraizado socialmente, portanto, constitui obstáculo à efetivação da lei, visto que somente a mudança normativa, por si só, não transforma a realidade social.

Palavras-chave: Direito Penal Simbólico, LGBTQIA+fobia, ADO n.º 26.

ABSTRACT

This study aimed to analyze ADO n. 26, a decision that criminalized homotransphobia, from the perspective of symbolic criminal law, with the main objective of understanding the context of the STF's ruling and its social effectiveness in Brazilian society. The methodology used was legal-sociological, through hypothetical-deductive research, based on the application of the legal-diagnostic method and the use of the qualitative research modality. The hypothesis is that ADO n. 26 ended in its symbolic function, without real effectiveness in reducing homotransphobia. The results indicate that discrimination against sexual dissidents is a multifaceted phenomenon rooted in society, therefore, it constitutes an obstacle to the effectiveness of the law, since only the normative change, by itself, does not transform social reality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	3
2 A OPRESSÃO FRENTE A POPULAÇÃO LGBTQIA+ — UM PROBLEMA ESTRUTURAL.....	5
2.1 A origem colonial da LGBTQIA+fobia — Uma história latino-americana de opressão contra a população LGBTQIA+.....	6
2.2 A construção do sujeito moderno enquanto parte da população LGBTQIA+.....	12
2.3 Situação contemporânea da LGBTQIA+fobia e da luta das dissidências sexuais	18
3 A ADO N.º 26 — UMA “LEGISLAÇÃO COM FUROS”.....	21
3.1 Da recusa legislativa à intervenção judicial na LGBTQIA+fobia.....	21
3.2 Análise da ADO n.º 26 — Do voto do Relator Ministro Celso de Mello e da Ementa.....	31
4 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO — UMA LEGISLAÇÃO-ÁLIBI.....	40
5 A INEFETIVIDADE DA ADO N.º 26 — AS BARREIRAS PARA SUA APLICAÇÃO.....	53
6 CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

A LGBTQIA+fobia, como um fenômeno multifacetado com raízes históricas e coloniais, sendo intrinsecamente ligado à cultura da sociedade capitalista, afeta as diversas esferas de vivência da população LGBTQIA+, incluindo economia, política, cultura, religião e, notadamente, a sexualidade e identidade de gênero. A colonialidade, em essência, definiu como os corpos deveriam se posicionar nas relações sociais, legitimando alguns em detrimento de outros e hierarquizando existências, estabelecendo o homem branco, heterossexual e cisgênero como o padrão moral (Neto, 2022).

Desse modo, se forma um contexto político no qual os direitos fundamentais das minorias são subjugados pela vontade da maioria, de modo que as reivindicações dos movimentos LGBTQIA+ encontram dificuldade no processo democrático de deliberação. Essa realidade se evidencia na pesquisa de Leal (2023), que, ao utilizar o termo “LGBT” como filtro, identificou apenas 23 projetos de lei em tramitação visando proteger os direitos das dissidências sexuais¹.

Afrontados com uma realidade de vulnerabilidade extrema, em que a LGBTQIA+fobia ceifa vidas diariamente, como se observado pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBT+ no Brasil (2022) que revela um cenário alarmante: 237 mortes violentas em 2020 e um aumento de 33,33% em 2021, totalizando 316 vítimas, as dissidências sexuais recorrem ao Poder Judiciário, especialmente ao STF, para garantir seus direitos, dada a omissão do Congresso Nacional. Diante da negligência legislativa deliberada em cumprir os dispositivos constitucionais que criminalizam atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, a ADO n.º 26 foi proposta. Buscando o reconhecimento da mora inconstitucional quanto à criminalização da LGBTQIA+fobia, a ação se baseou no princípio da proporcionalidade e na proteção insuficiente, equiparando a homotransfobia ao racismo.

Entretanto, a crença de que uma mudança normativa por si só transforma os processos de sujeição é uma ilusão dada a complexidade das vivências das dissidências sexuais, as quais o Direito, com seus entendimentos liberais e capitalistas, não consegue abarcar (Pelt, 2022). Nesse sentido, questiona-se se a ADO n.º 26 se limitou à função simbólica, fortalecendo a confiança no Estado por meio da criação de leis que satisfazem expectativas, mesmo sem

¹ Utilizo o termo “dissidência sexual” em inspiração na obra de Pelt (2022, pag. 39) em que o autor opta pelo uso do termo “gênero”, para que não ocorra a ocultação das diferenças entre um discurso de gênero e sexualidade assimilacionista e normativista e o universo daqueles que ainda continuam excluídos e ininteligíveis dentro das políticas identitárias e de reconhecimento. Também evito entrar em um campo de disputa específico dos movimentos sociais em relação às identidades e diferenças que devem ser abarcadas como não conformadas pelo modo hegemônico de se compreender gênero e sexualidade”.

condições de efetivação, como “legislação-álibi” (Kindermann² *apud* Neves, 1998), que buscou aliviar pressões políticas e apresentar o Estado como sensível às demandas sociais da população LGBTQIA+.

Nesse sentido, o trabalho de conclusão de curso, tendo como tema “Uma Legislação-Álibi — O Direito Penal Simbólico: Uma discussão sobre os usos do Direito Penal e sua eficácia na tratativa de atos de violência e de preconceito contra a população LGBTQIA+”, tem por objetivo a análise do contexto sócio-cultural da formação da LGBTQIA+fobia para entender os processos de sujeição dos dissidentes sexuais no contexto brasileiro, com o fim de compreender a ADO n.º 26 e sua efetividade social. Desse modo, formulou-se a hipótese de que, por se tratar de uma problemática estrutural, a simples edição de uma normativa pelo STF não é capaz de suprir as necessidades de proteção da população LGBTQIA+, de forma que a decisão do Supremo se encerrou em uma função simbólica, sem verdadeira efetividade.

Assim, a metodologia utilizada para a realização deste trabalho foi a jurídica-sociológica, pretendendo compreender o fenômeno jurídico inserido no ambiente social e suas consequências. Além disso, tem como método de pesquisa hipotético-dedutivo, desenvolvendo hipóteses e deduzindo suas consequências, enquanto há uma realização de uma pesquisa que tentará comprovar as suposições. Ademais, tendo como base de investigação a aplicação do método jurídico-diagnóstico, se dispôs a conhecer as características do fenômeno em uma dada situação espaço-temporal e tentar formular um diagnóstico do problema, usando a modalidade de pesquisa qualitativa, priorizando as de cunho bibliográfico e documental por meio de um estudo de caso. Por fim, usou-se como marco teórico principal o conceito de “legislação-álibi” do Kindermann³ *apud* Neves (1998), além dos estudos de Neto (2020).

Na desenvoltura do trabalho, em um primeiro momento será abordada a opressão frente a população LGBTQIA+, utilizando um entendimento de um problema estrutural de origem colonial e traçando o contexto socio-cultural do desenvolvimento da LGBTQIA+fobia na sociedade brasileira. Ademais, se analisará a construção do sujeito moderno enquanto parte da população LGBTQIA+ e a situação atual da discriminação baseada na identidade de gênero e sexualidade e, por consequente, da luta das dissidências sexuais.

² Kindermann, Harold (1988) “Symbolische Gesetzgebung” in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung”, in Rudinger Voigt (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

³ Ibidem

Adiante, haverá o desmembramento da conjuntura social para a proposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão de n.º 26, compreendendo a negligência do legislativo frente às demandas da população LGBTQIA+ e o papel contramajoritário do STF. Além disso, sucederá à análise da ADO n.º 26, focada no voto do Ministro Relator Celso de Mello e da ementa da decisão, como forma de recorte para melhor profundidade de estudo.

Em sequência, depois da reflexão oferecida no capítulo anterior, será exposto o conceito de Direito Penal Simbólico, atravessando pela função social do Direito, e a aplicação do conceito quanto a ADO n.º 26. Como marco teórico, foi-se utilizado o referencial de “legislação-álibi” do Kindermann *apud*⁴ Neves (1998) com complementações teóricas de Baratta (1994).

Por fim, como forma de encerramento de todo o trabalho, será analisada a efetividade real da ADO n.º 26 na sociedade brasileira, de forma a ser demonstrado os obstáculos para sua efetivação. Nesse sentido, foram utilizados dados coletados por organizações focadas no diagnóstico da problemática, para entendimento da falha da normativa estabelecida pelo Supremo Tribunal.

2 A OPRESSÃO FRENTE A POPULAÇÃO LGBTQIA+ — UM PROBLEMA ESTRUTURAL

Em um primeiro momento, é preciso analisar a discriminação baseada na identidade de gênero e na sexualidade como um fenômeno multifacetado que imprime seus impactos na vivência diária de indivíduos pertencentes a população LGBTQIA+. A colonialidade, ao moldar as estruturas sociais e econômicas globais, perpetua a exploração e a subalternização de corpos, aprofundadas pelo patriarcado que relega as mulheres à subalternidade. Esse processo produz uma classificação social heterogênea, desumanizando certos indivíduos e hierarquizando existências a partir do dizer colonial que define posições sociais e determina quem é humano ou não. Ao estabelecer o homem branco, cis e heterossexual como padrão moral, a colonialidade legitima a exploração da natureza e a criação de identidades racializadas inferiores (Santana, Ávila, Matos, 2024).

As possibilidades de vida e liberdade dos indivíduos em sociedade são moldadas pelo reconhecimento social desde a tenra infância, nesse sentido, afirmar que uma pessoa é um

⁴ Kindermann, Harold (1988) “Symbolische Gesetzgebung” in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung”, in Rudinger Voigt (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

sujeito de direito, importa também afirmar as maneiras em que ele poderá existir perante a sociedade (Pelt, 2022). Em um sistema patriarcal, os indivíduos são condicionados a categorias identitárias heterossexuais, com seus corpos inscritos unilateralmente com expectativas de gênero e sexualidade (Bernardes, Albuquerque, 2019). Desse modo, o Direito, como instrumento criado e aplicado por pessoas imersas em concepções sociais que naturalizam a subalternização e enaltecem o homem branco, burguês, hétero e cis, assujeita aqueles que não se encaixam no padrão, forçando assimilação ou exclusão social.

Portanto, a lógica capitalista, intrinsecamente ligada ao colonialismo, molda as vivências das dissidências sexuais, permitindo sua existência apenas sob um prisma de semelhança com as práticas dominantes, perpetuando a subordinação de grupos minorizados para manter a hegemonia heterossexual e cis (Pelt, 2022). Assim, políticas de assimilação são incipientes e visam apenas impor ordem e “normalizar” a população LGBTQIA+. Dessa forma, os remédios afirmativos, mesmo possuindo seu nível de importância, não se traduzem automaticamente em uma sociedade igualitária (Aquino et al., 2021). Nesse sentido, a implementação efetiva dos direitos da população LGBTQIA+ enfrenta obstáculos, pois inserida em um contexto desigual e discriminatório, visto que materialização desses direitos deve considerar as possibilidades de existência dos dissidentes sexuais.

2.1 A origem colonial da LGBTQIA+fobia — Uma história latino-americana de opressão contra a população LGBTQIA+

A LGBTQIA+fobia é um fenômeno multifacetado, enraizado na cultura da sociedade moderna capitalista, com origem históricas e coloniais e contornos específicos no tocante à América Latina e ao Brasil. Para Borrilo, em estudos feitos por Neto (2022), a homofobia pode ser definida como um conjunto de pensamentos e sentimentos de ódio, medo e aversão a pessoas que se relacionam afetivamente e/ou sexualmente com pessoas do mesmo gênero, de maneira que o homofóbico é aquele que desenvolve emoções irracionais pelos dissidentes sexuais. Nesse sentido, é possível que se faça um entendimento análogo desta definição para com o preconceito quanto à toda população LGBTQIA+.

Sendo assim, a LGBTQIA+fobia se caracteriza como um problema de caráter social, desorganizando a vida das pessoas inseridas na lógica do mundo moderno-colonial (Neto, 2022). O preconceito contra a população LGBTQIA+ é um componente das relações sociais modernas, sendo constituinte da dinâmica de identificação do sujeito moderno (Adaid, 2016 *apud*⁵. Neto, 2022).

⁵ ADAID, Felipe. Genealogia da homofobia na modernidade: misoginia e violência. Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades, [S.l.], v. 10, n. 14, 2016.

Em um primeiro ponto, a escolha de um recorte decolonialista para tentar compreender a história LGBTQIA+ por uma via do Sul Global foi feito com base no entendimento de que a história latino-americana, especialmente a brasileira, é atravessada e retorcida inúmeras vezes por uma historiografia estrangeira e, por muito, praticamente alienígena. Assim, como para Pelt (2022, p. 28), “não há como darmos conta de nossos problemas com fórmulas emancipatórias criadas a partir de situações alheias de dominação e exclusão” justamente por suas inerentes diferenças de contextos sócio-históricos. Se faz necessário um corte temático para uma explicação mais assertiva do contexto histórico da dicotomia luta e opressão das dissidências sexuais no Sul Global.

Em estudos de Neto (2020), com base nos entendimentos de Bernardino-Costa, Maldonado-Torres e Grosfoguel⁶ (2019), a decolonialidade se funda no conjunto de pesquisas que denunciam a assimetria produzida entre o Norte e o Sul Global mediante profundos processos de subalternização e vulnerabilização da vida, categorizando quais existências importam e quais serão marginalizadas. Um olhar decolonial, indica a necessidade de pensar a partir de uma perspectiva externa, daqueles que são colocados fora da modernidade (Maldonado-Torres e Quijano⁷, 2007 *apud*. Santana, Ávila, Matos, 2024). Em sua essência, a colonialidade produz mecanismos regulatórios para manter a hegemonia do homem branco, burguês, heterossexual e cisgênero.

Nesse contexto, assim como para Ballestrin (2013)⁸ *apud*. Neto (2022), os sustentáculos do colonialismo para a subalternização dos corpos foram a colonialidade do ser, do saber, do poder e a de gênero. Para que essa conjuntura fosse legitimada, se fez necessário o uso de três grandes instituições que serviram de ferramenta para os processos colonizadores, sendo a Religião, a Ciência Positivista e o Direito (Borillo, 2015⁹ *apud*. Neto, 2022).

Ademais, a colonialidade moldou as estruturas sociais e econômicas globais que, por sua vez, foram fundamentadas pelo capitalismo como sistema econômico dominante, mantenedor da exploração e subalternização dos corpos por meio da exploração da força de trabalho. Por fim, o patriarcado — sistema de poder estruturado em torno da dominação

⁶ BERNARDINO-COSTA, Joaze; GROSGOUEL, Ramón. Decolonialidade e perspectiva negra. Sociedade e Estado, [S.l.], v.31, p.15-24, 2016.

⁷ MALDONADO-TORRES, Nelson. Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón. El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Universidad Central-IESCO, Siglo del hombre, 2007. p. 127-168.

⁸ BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. Revista brasileira de ciência política, [S.l.], n.11, p. 89-117, 2013.

⁹ BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte:Autêntica, 2015.

masculina — aprofundou essa dinâmica, relegando às mulheres uma posição subalterna e concentrando o poder nas mãos dos homens. (Santos, 2019¹⁰ *apud.* Neto 2022).

Segundo Trevisan (2018¹¹ *apud.* Neto, 2022), essas instituições forneceram as ferramentas discursivas necessárias para os interesses político-ideológicos e financeiros do colonizador para autorizar a perseguição das identidades dissidentes sexuais, afirmando que vivências não heterossexuais eram pecaminosas, patológicas e criminosas. Dessa forma, falar sobre dissidência sexual é compreender as implicações psicossociais que a colonização trouxe para as experiências de sexualidade na América Latina, reverberando até hoje em práticas de discriminação e estigmatização baseadas em um pensamento religioso e cultural que toma a homossexualidade como pecado, como patologia e como crime. (Trevisan, 2018¹² e Borillo, 2015¹³ *apud.* Neto, 2022).

A colonialidade produz uma classificação social heterogênea atravessada por diversos fatores que interagem para produzir a desumanização de certas pessoas, causando a hierarquização de existências a partir do dizer colonial que define as posições sociais determinando quem é ou não humano. Neste processo, ao afirmar o homem branco, cis, heterossexual como sujeito e regra moral de existência, autoriza tanto a interferência sobre a natureza que estaria à sua disposição para intervenção “científica”, assim como produz identidades racializadas inferiores, autorizando o uso de uma não ética de guerra (Santana, Ávila, Matos, 2024).

A desigualdade e discriminação de pessoas dissentes sexuais não é um fenômeno que pode simplesmente ser explicado por ações isoladas de grupos ou indivíduos, ao ser um fenômeno estrutural que atravessa os diversos aspectos da vida e das relações sociais. Para Moreira (2017¹⁴, *apud.* Pedra, 2018), o preconceito se caracteriza como estrutural quando as desvantagens sociais concorrem para uma estratificação social resultante em uma subordinação permanente de certos grupos. Nesse contexto, Pedra (2018) afirma que a subalternização resultante na manutenção de uma situação de vulnerabilidade se dá, em sua maioria, pela reafirmação implícita de base colônia, da heteronormatividade como regime de normalidade em detrimento às vivências de pessoas LGBTQIA+.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

¹¹ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

¹² Ibidem

¹³ BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

¹⁴ MOREIRA, Adilson José. O que é discriminação? Belo Horizonte: Letramento, 2017

Para Dussel (1993¹⁵, *apud.* Neto 2022), 1492 representou um marco para a história latino-americana como o ano em que houve a mudança das relações sociais nas Américas e no mundo inteiro, uma vez que se deu início aos processos de exploração e colonização dos povos não europeus. Nesse sentido, a modernidade se constituiu como um fenômeno de escala planetária, não somente interno à Europa (Santana, Ávila, Matos, 2024). Sua formação, alicerçada na dominação colonial e em uma visão eurocêntrica do conhecimento, estabelece uma hierarquia epistêmica que coloca a Europa como centro produtor do saber universal, relegando os territórios colonizados à condição de primitivos (Escobar, 2003¹⁶ *apud.* Santana, Ávila, Matos, 2024). Desse modo, Santos (2019¹⁷ *apud.* Neto 2022) denuncia que os saberes dos povos não ocidentais foram exotizados e marginalizados em detrimento do conhecimento racional do norte global.

A modernidade foi inaugurada sob o genocídio e o etnocídio dos povos originários da América, sendo também o período histórico em que o colonialismo se processou. Conforme aponta Dussel (1993¹⁸ *apud.* Neto 2022), a criação do “outro” foi fundamental para que a violência a determinados grupos e povos fosse justificada.

Para Maldonado-Torres (2019¹⁹ *apud.* Neto 2022), a colonialidade pode ser descrita como os ecos e as implicações contemporâneas do fenômeno histórico. Nesse sentido, ela representa uma herança social das primeiras práticas de exploração colonial e de sua estrutura em pleno funcionamento, a qual se expressa na forma de pensar, sentir e ser de cada indivíduo localizado nesse cenário de desigualdade social. Portanto, modernidade e colonialidade estão intrinsecamente ligadas, sendo impossível compreender uma sem a outra, pois a primeira, tal como a conhecemos, foi construída sobre os alicerces da segunda (Neto, 2022).

Apesar de estudos indicarem a presença de práticas homofóbicas desde a Antiguidade (Antunes, 2017²⁰, Borrillo, 2015²¹ *apud.* Neto 2022), há evidências de que a LGBTQIA+fobia

¹⁵ DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”. Rio de Petrópolis: Vozes, 1993.

¹⁶ ESCOBAR, Arturo. Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación modernidad/colonialidad latinoamericano. Tabula Rasa, n. 1, p. 51-86, 2003.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

¹⁸ DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do “mito da modernidade”. Rio de Petrópolis: Vozes, 1993.

¹⁹ MALDONADO-TORRES, Nelson. Transdisciplinaridade e decolonialidade. Sociedade e estado, [S.l.], v.31, p.75-97, 2016.

²⁰ ANTUNES, Pedro Paulo Sammarco. Homofobia internalizada: o preconceito do homossexual contra si mesmo. São Paulo: Annablume, 2017.

²¹ BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

ganhou especificidades na modernidade (Green, 2018²² e Trevisan, 2018²³ *apud.* Neto 2022). O preconceito contra populações dissidentes sexuais é um problema psicossocial, tendo suas raízes e explicações nas leis sócio-históricas do desenvolvimento humano, sendo um fenômeno histórico e social que se processa na dinâmica das instituições e da cultura, que, nesse momento, será lido a partir de uma leitura pós-moderna do mundo colonizado (Neto, 2022).

Sendo assim, é necessário contextualizar o preconceito contra a população LGBTQIA+. Segundo Borrillo (2015²⁴ *apud.* Neto 2022) foi atribuída um valor à homossexualidade a partir do estabelecimento do cristianismo como religião do Império Romano ao empregar uma verdadeira caça às bruxas contra homossexuais. Ceccarelli (2008)²⁵, assim como Mesquita e Perucchi (2016)²⁶ (*apud.* Neto, 2022) afirmam que antes dessa experiência cristã, a homossexualidade costumava ser interpretada como uma variante da sexualidade humana. O cristianismo tem na sua base uma forte ideologia heteronormativa, relegando a toda e qualquer expressão da sexualidade, para além da heterossexualidade um carácter de marginalização e de subalternidade (Green, 2019²⁷ *apud.* Neto, 2022).

Diante desta situação, é possível concluir que a compreensão e a construção do conceito de sexualidade no território brasileiro foram fortemente influenciadas pelo processo de colonização do continente (Almeida, 1986²⁸, Rago, 1997²⁹, Stolke, 2006³⁰ *apud.* Neto 2022) fundamentadas no preconceito religioso e em condutas morais religiosas caracteristicamente cristãs (Lima, Silva, 2013³¹ *apud.* Neto 2022). Segundo Borrillo (2015³² *apud.* Neto 2022) a Igreja Católica detinha um poder incontestável na formação das visões da sociedade colonial portuguesa, inclusive no que diz respeito à homossexualidade vista sob uma lente moral e religiosa. Neste período, sobretudo entre os séculos XVI e XVIII,

²² GREEN, James N. História do movimento LGBT no Brasil. 4.ed. São Paulo: Alameda, 2018.

²³ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

²⁴ BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

²⁵ CECCARELLI, Paulo Roberto. A invenção da homossexualidade. Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades, [S.l.], v.2, n.02, 2008.

²⁶ MESQUITA, Daniele Trindade; PERUCCHI, Juliana. Não apenas em nome de Deus: discursos religiosos sobre homossexualidade. Psicologia & Sociedade, [S.l.], v.28, n.1, p.105-114, 2016.

²⁷ GREEN, James N. História do movimento LGBT no Brasil. 4.ed. São Paulo: Alameda, 2018.

²⁸ ALMEIDA, Ângela Mendes de. Sexualidade e casamento na colonização portuguesa no Brasil. Análise social, [S.l.], v.22, n.92/93, p.697-705, 1986.

²⁹ RAGO, Margareth. Sexualidade e identidade na historiografia brasileira. Resgate: Revista Interdisciplinar de Cultura, [S.l.], v.6, n.1, p.59-74, 1997.

³⁰ STOLKE, Verena. O enigma das interseções: classe, “raça”, sexo, sexualidade: a formação dos impérios transatlânticos do século XVI ao XIX. Revista Estudos Feministas, [S.l.], v.14, p.15-42, 2006.

³¹ LIMA, Wallas Jefferson de; SILVA, Edson Santos. Intolerância e Sexualidade: A Inquisição em Pernambuco Colonial (1593-1595). Revista Trilhas da História, [S.l.], v.2, n.4, p.5-23, 2013.

³² BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

corporificada no fantasma da Santa Inquisição, a ideologia cristã propulsionou intensificadamente os pecados que implicassem em desvios sexuais (Neto, 2022). Nesse mesmo sentido, o autor afirma que a ideia de heresia vinculada à LGBTQIA+fobia é um dos pilares centrais da perseguição colonial, cujos ecos estão presentes na modernidade.

Segundo estudos feitos por Mott (1995³³, *apud.* Neto, 2022), 1613 marca o início dos atos de extermínio na modalidade de homicídio em função da homofobia, evento que se passou no Maranhão, em que um indígena tupinambá, tibia, foi acusado de cometer o “nefasto” pecado de sodomia. Como explicitado por MartínBaróe Lacerda Jr. (2014³⁴ *apud.* Neto, 2022), existe uma polarização de forças na sociedade moderna colonizadora, a qual se propende para o lado do grupo que detém maior poder político-ideológico-econômico e que, por tê-lo, tem interesse em mantê-lo, ainda que isso signifique a produção de marginalização, de estigmatização de domínio, conquista e morte de pessoas LGBTQIA+.

Ainda, segundo Butler (2018), os processos de colonização são observados nas posturas, nas narrativas e nos destinos reservados aos dissidentes sexuais, manifestando-se nas relações que indivíduos LGBTQIA+ desempenham com seus pares e em sua posição quanto às instituições de saúde, educação, segurança, lazer, dentre outras. Em especial, a medicina teve um papel importante na construção da homofobia como preconceito estrutural. De acordo com estudos de Neto (2022), baseados nas pesquisas de Marques (2014)³⁵, o saber médico estruturou a ideia de que algumas experiências e identidades sexuais não são naturais, categorizando-as como patologias e/ou perversões sexuais que deveriam ser tratadas. Além de reforçar os estereótipos da homossexualidade como desvio de conduta, a Medicina construiu categorias para encaixar a vivência de dissidências sexuais como transtornos.

É imprescindível também citar a importância do capitalismo e do patriarcado como um conjunto conforme a colonialidade para que haja uma lógica hegemônica de imposição da heterossexualidade e masculinidade. Sobre essa perspectiva, Engels (2012) expõem que o capitalismo se une ao patriarcado para criação de uma noção de família e de propriedade privada. Assim, o eixo colonialismo-capitalismo-patriarcado expressam a tríade que controla a experiência social de gênero (Neto, 2022).

³³ MOTT, Luiz. A inquisição no Maranhão. São Luís: Edufma, 1995.

³⁴ MARTÍN-BARÓ, Ignacio; LACERDA JR, Fernando. Processos psíquicos e poder. Revista Psicologia Política, [S.l.], v.14, n.31, p.591-608, 2014.

³⁵ MARQUES, Luciana. Homossexualidade, cultura e representações sociais: Um breve percurso sobre a história de sua (des) patologização. Poliantea, [S.l.], v.10, n.18, p.227-267, 2014.

Nesse sentido, ancorado em Segato (1998)³⁶, Neto (2022) entendeu que a colonialidade de gênero é compreendida como uma distribuição desigual de papéis e expectativas, resultando em profundas desigualdades sociais entre corpos considerados normativos e não normativos, mantendo as assimetrias entre os eixos masculino e feminino, conquanto estrutura bases rígidas de gênero e sexualidade. Desse modo, para que haja uma norma inflexível de performances, essencial se fez a criação de um sistema de cobranças quanto à execução e exercício da sexualidade.

Por fim, o Direito atuou no processo de criminalização das vivências das populações LGBTQIA+, classificando-as como crime e vadiagem (Green, 2018³⁷ *apud.* Neto, 2022). No exemplo brasileiro, até meados do século XX, expressão de afeto entre pessoas do mesmo gênero implicaria em prisão. Mais recentemente, em 2015, o art. 235 do Código Penal Militar foi analisado pelo STF na ADPF 291 para deixar de constar a expressão “homossexual ou não” no crime de pederastia. Entretanto, é sempre importante constatar que o Direito moderno seleciona as suas conveniências, estipula as suas condições e negocia algumas rendições necessárias para manter a operacionalidade de sua técnica hegemônica (Pelt, 2022).

O resultado das segregações e subalternizações das identidades dissidentes sexuais é a construção de um preconceito estrutural, em que é possível perceber variadas formas de exclusão e discriminação absolutamente naturalizadas na sociedade moderna colonizada (Pedra, 2018). O colonialismo histórico, como acentuado, produziu feridas profundas em diversos setores da vida dos povos originários da América, dentre eles: economia, política, cultura, religião e, especialmente, na sexualidade (Cano, 1996³⁸, Champliau, 2008³⁹ *apud.* Neto, 2022). Em síntese, a colonialidade atua na forma como os corpos estão dispostos nas relações sociais, em que alguns corpos são legitimados em detrimento de outros, categorizando a importância das existências (Zizek, 2013⁴⁰ *apud.* Neto, 2022), colocando como regra moral o homem branco, hétero e cis.

2.2 A construção do sujeito moderno enquanto parte da população LGBTQIA+

Toda forma social necessita de sua historicidade, portanto, toda forma jurídica e vivência só são compreendidas em sua situação histórica (Pelt, 2022). Para o Código Civilista

³⁶ SEGATO, Rita Laura. Alteridades históricas/Identidades políticas: una crítica a las certezas del pluralismo global. Anuário Antropológico, Universidade de Brasília, Brasília, [S.l.], v.22, n.1, p.161–196, 1998.

³⁷ GREEN, James N. História do movimento LGBT no Brasil. 4.ed. São Paulo: Alameda, 2018.

³⁸ CANO, Wilson. Notas sobre o imperialismo hoje. Crítica marxista, [S.l.], v.1, n.3, 1996.

³⁹ CHAMPLIAU, Renata Bastos dos Santos. Uma herança comum: efeitos da colonização na África. Revista Teias, [S.l.], v.9, n.16-17, p.5, 2008

⁴⁰ ZIZEK, Slavoj. Coloniality of being and the phenomenon of violence. In: NDLOVU- GATSHENI, Sabelo J. Coloniality of power in postcolonial Africa. African Books Collective, 2013.

Brasileiro, o ingresso do ser humano em uma ordem jurídica se dá em seu nascimento, considerado um fato natural e externo ao Direito, sendo este o ato biológico que inicia o processo de sujeição de um indivíduo a uma ordem jurídica que lhe atribui deveres e direitos, reconhecendo-o como sujeito de direito (Pelt, 2022).

Desde a mais tenra infância, a pessoa é sujeitada às projeções de entendimento da sexualidade a partir da noção de sexo biológico e gênero que se é atribuído a partir do nascimento (Eliot, Castanho 2013⁴¹ *apud.* Neto 2022). Os modos de vida, as possibilidades de realização e o exercício de liberdade e autonomia são configurados a partir da maneira como ela será reconhecida pelo sistema, nesse sentido, afirmar que o indivíduo é um sujeito de direito, importa também inferir as maneiras em que ele poderá existir perante a sociedade (Pelt, 2022).

Desse modo, a pessoa é fruto das percepções pessoais que tem sobre o que é diante do âmbito social e as barreiras externas que necessitam enfrentar para que possam se realizar enquanto sujeitos livres e desimpedidos, principalmente, no que tange a sexualidade (Pelt, 2022). Logo, o que é considerado como sujeito é, na realidade, resultado de operações de assujeitamento dentro de relações de poder, de processos de subalternização operados pela ciência, pelas instituições e demais mecanismos de controle social, logo a noção de liberdade está intrinsecamente ligada com as relações constituintes do indivíduo (Pelt, 2022). Em estudo Pelt (2022), sob a perspectiva de Butler, afirma que não existe uma “criação de si” que se opera fora de um processo de sujeição, ou seja, não é como construir uma identidade fora das normas que orquestram as formas possíveis que o sujeito deve assumir.

Nesse contexto, a pauta política do mundo moderno colonizado é voltada para uma realização “igualitária” dos direitos civis inseridos em um sistema jurídico de tradição liberal que tem como sustentáculo de sujeito a pretensão de universalização da categoria humana, entendendo que todos deveriam ser tratados de uma mesma forma, sem distinção de qualquer forma (Pelt, 2002). Pressupõe-se, então, que seria possível determinar quais seriam as características universais que constituem o indivíduo, principalmente, ligada à razão humana. Para que esse projeto liberal pudesse ser operacionalizado, foi exigido a criação de um sujeito de direito abstrato e genérico, regra moral do sistema jurídico, o que acabou privilegiando homens brancos, burgueses, héteros e cis, em detrimento dos demais grupos sociais (Pelt, 2022).

⁴¹ ELIOT, Lise. Cérebro azul ou rosa: o impacto das diferenças de gênero na educação. Porto Alegre: Penso, 2013.

Assim, consolidou-se no imaginário moderno a hegemonia dos modos de vida dos grupos dominantes que concedem pequenas margens de autorrealização aos grupos minoritários, visto que as possibilidades de existência só poderiam ocorrer na inteligibilidade da gramática padrão, operando os efeitos de subordinação e assimilação dos grupos desviantes (Pelt, 2022). A promessa de igualdade, na realidade, perpetua a dominação masculina sobre as mulheres, fazendo com que a hegemonia da heterossexualidade sobre as demais sexualidades e a preponderância da cisgeneridade sob a transgeneridade. Portanto, não há, e nunca houve, uma troca igualitária nas relações de poder, somente concessões de reconhecimentos precários, dependentes da vontade do poder hegemônico (Pelt, 2022).

O sistema, por mais que aparentemente tente reduzir aparentemente as desigualdades, sempre deixa às mazelas aqueles que não conseguem ou não querem se adequar ao padrão de sujeição, sendo um problema estrutural da sociedade moderna capitalista porquanto um sistema excludente e produtor de diferenças. Ao serem colocados como formalmente iguais, os indivíduos se confrontam com suas particularidades. Assim, a proposta de igualdade do Direito moderno transforma-se em seu próprio limite estrutural, trazendo à realidade as suas insuficiências no tratamento dos desiguais (Pelt, 2022).

O sistema jurídico estabelece uma ordem normativa que, na prática, hierarquiza e categoriza os indivíduos. Aqueles que não se encaixam no padrão de normalidade estabelecido são submetidos a tutelas, como o regime de patologização de dissidentes sexuais, de restrição de seus direitos quando em comparação com pessoas heterossexuais ou, em situações extremas, considerados como “não-sujeitos”. A construção de um sujeito único, fixo e estável, alinhado a um padrão de normalidade, permite ao sistema jurídico justificar e legitimar as desigualdades sociais e a exclusão de grupos minoritários (Pelt, 2022).

Nesse contexto, o Estado Moderno tem papel fundamental na criação de um dispositivo de sexualidade (Foucault, 2017), compondo uma série de práticas para a formação de uma verdade sobre o sexo como algo inerente a uma “natureza humana” do indivíduo, ditando as categorias determinadas como “normais”. Esses dispositivos, por consequência, criam uma ordem social heteronormativa (matriz heterossexual), em que os corpos têm suas identidades “naturais” decididas a partir de seu nascimento ordenadas pelo seu sexo biológico, determinando, dessa forma, a qual gênero o indivíduo faz parte, o que consequentemente definiria o desejo pelo sexo oposto (Butler, 2003).

Os sujeitos em uma sociedade patriarcal nascem e são condicionados a ingressar nas categorias identitárias exigidas pela moralidade heterossexual. O sistema patriarcal inscreve unilateralmente sob os corpos o que se é esperado, inclusive no que tange sua sexualidade e

gênero, sendo o sujeito meramente um objeto passivo (Bernardes, Albuquerque, 2019). Assim, a matriz heterossexual da sociedade moderna inscreve o binarismo de sexos como algo natural. Butler, na visão de Bernardes e Albuquerque (2019), a associação de sexo à natureza acaba por gerar uma associação entre sexualidade e reprodução, contribuindo para o entendimento de que a heterossexualidade é um padrão. Desse modo, somente quando as categorias de sexo, gênero e sexualidade estão coerentes com o esperado pela sociedade é que o corpo pode ser considerado como “inteligível”, nos limites humanos (Santana, Ávila, Matos, 2024).

Nesse mesmo sentido, é necessário pontuar que há uma matriz de normas de gênero culturalmente construídas, sugerindo um determinismo aos significados inscritos em corpos anatomicamente diferentes recipientes de uma lei cultural inexorável. Por sua vez, se é a “cultura” que ‘constrói’ o gênero, tem-se a impressão de que ele é tão determinado e tão fixo quanto na formulação de que a biologia é o destino (Butler, 2003). Portanto, há a criação de uma categoria de identidades de gênero reconhecidas e inteligíveis dentro do campo do humano, enquanto exclui corpos cujas performances contestam as normas. Essas existências que rompem com a matriz, como a de pessoas trans, são determinadas como abjetas, não-humanas e, por isso, matáveis (Butler, 2003).

A identidade de gênero construída por uma repetição social de atos performativos, via gestos corporais, falas e movimentos no cotidiano cria a sensação de um gênero estabelecido (Haddad; Haddad, 2017). Desse modo, assim como para Foucault (Haddad; Haddad, 2017), o sujeito é moldado nas relações de poder a serviço dos interesses reprodutivos. Portanto, segundo Butler, de acordo com estudo feito por Bernardes e Albuquerque (2019), os gêneros distintos são parte do que humaniza os sujeitos, com isso, aqueles que falham em performar segundo a matriz imposta, são punidos e julgados socialmente.

A naturalização das discriminações em detrimento da população LGBTQIA+ é o que lhes dá um caráter estrutural, visto que os privilégios de determinados grupos não causam espanto na sociedade, tampouco as relações assimétricas de poder, por serem meramente “naturais”. As práticas discriminatórias fazem parte dos costumes da sociedade moderna, de uma forma quase inerente que não é capaz de gerar uma reflexão, muito menos revolta (Pedra, 2018).

Assim, o Estado Moderno construiu um modelo de sujeito adequado aos seus propósitos, incluindo e excluindo possibilidades de existência e modos de vivência, sendo que a liberdade dos indivíduos só será possível dentro dos parâmetros delimitados pelo Direito.

Sendo assim, o sujeito de direito não é a causa, ele é resultado de uma estrutura social na qual indivíduos são meros portadores das relações sociais (Pelt, 2022).

Para manutenção das estruturas de subordinação são aplicados discursos que justificam as desigualdades entre alguns grupos com base em suas características (Moreira, 2016⁴² *apud*. Pedra, 2018). Assim, alguns grupos são privilegiados com estima social, enquanto outros são inferiorizados naturalizadamente, sem isso parecer injusto. A hierarquização social de sujeitos baseia-se em parâmetros assimétricos de poder, resultando em acessos distintos a oportunidades e diferenças de status cultural, legitimando a desigualdade social e normalizando a exclusão (Pedra, 2018).

Em estudos baseados em Foucault, Pelt (2022) constata que o Estado Moderno opera uma inovadora mecânica de poder, utilizando do “poder disciplinar” — produzindo sujeitos por intermédio de instituições de controle — e da “biopolítica” — estratégias de produção e vigilância dos corpos — para operar uma governamentalidade do sujeito. Esse mecanismo, corroborado com um conhecimento que se torna “técnico”, se alinha com as exigências do capitalismo para dividir o normal e o anormal, o saudável e o patológico com apoio de pressupostos da medicina e da moralidade. Em conjunto com a ideia de um indivíduo universal, a produção deste conhecimento definiu quem são os sujeitos capazes de exercer autonomia (Pelt, 2022).

O poder disciplinar, como descrito por Foucault (Pelt, 2022), foi forjado pela coação, negatividade e coerção social, se tornado uma tecnologia de poder voltada ao corpo em favor do capitalismo. Esse sistema, gerido por instituições como as prisões, quartéis, hospitais e escolas, tem como função o controle e a normalização dos corpos segundo determinadas premissas. Já o biopoder se encaixa como uma tecnologia política, originária do século XVII, construído sob o pressuposto de controle sobre os corpos, formando mecanismos de controle de condições históricas, geográficas e demográficas da sociedade moderna.

Estes poderes, ao mesmo tempo que regulam os sujeitos, também promovem a gestão das sociedades modernas, assim como a forma de se reconhecer e circular em comunidade. O Estado moderno capitalista e colonialista, por meio de suas tecnologias, desenvolve uma política do sexo que visa regular a sexualidade e as práticas sexuais (Pelt, 2022).

A governamentalidade do sujeito, operada pelos saberes técnicos, engrena à gramática do Direito para restringir outras possibilidades de existir e se realizar, visto que o padrão normativo, supostamente genérico e abstrato, acaba por adotar um modelo de vida como

⁴² MOREIRA, Adilson José. Privilégio e Opressão. Revista Observatório Itaú Cultural, São Paulo, v. 21, 2016, p. 30-46.

padrão, excluindo outras ciências do sistema jurídico. O Direito, ao mesmo tempo que constrói canais de liberdade para alguns, forja os limites da existência de outros (Pelt, 2022).

A partir destes conceitos, Foucault (Pelt, 2022), compreende que o conceito de sexualidade operado na modernidade está relacionado com o período histórico, já que “a significação dada ao conceito de sexualidade é dependente da forma como se consolida o sentido que a ele se dá em determinado tempo e em determinado local”. A localização do sujeito permite compreender os mecanismos de poder que operam sobre ele e como funciona a política sexual que o forja como as individualidades (Pelt, 2022).

Nesse sentido, o sujeito moderno é o resultado dos processos de sujeição que decorre da normalização das técnicas disciplinares que instituem sistemas de vigilância e punição, quanto dos saberes que produzem as individualidades. A dimensão de regulação dos direitos é baseada na identidade que emerge dentro de um contexto discursivo normativo em que se é retirado as regras e normas heterossexuais (Pelt, 2022).

Assim, a identificação da população LGBTQIA+ se forma em detrimento de uma narrativa que dissemina uma completa exclusão dos dissidentes sexuais, incentivando a incorporação de suas especificidades nos padrões dominantes. O capitalismo capturou a existência de dissidências sexuais, operando, mais recentemente, um processo de “higienização” e “aburguesamento” do modo de ser da população LGBTQIA+ e transformando alguns modos de vida mais palatáveis para a vida social burguesa (Pelt, 2022).

O processo de normalização da diversidade sexual, segundo padrões heterossexuais ou o modo de vida hegemônico, foi feito de modo assimilacionista, adaptando as dissidências sexuais à inteligibilidade da ordem dominante. Cria-se, assim, uma “mídia LGBTQIA+” que dissemina uma agenda de um “bom LGBTQIA+”, um indivíduo aceitável perante a sociedade, causando uma segunda exclusão dentro da própria comunidade (Pelt, 2022).

O capitalismo, ao aparentemente tentar promover as pautas das minorias sociais, na realidade adapta-as em seu modo de operar, reduzindo o potencial crítico e emancipatório. Isso se revelou não somente nos padrões comportamentais do cotidiano, mas também nos estudos acadêmicos de dissidentes sexuais que procuram garantir uma certa normalidade para a homossexualidade (Pelt, 2022).

Em conclusão, o processo de sujeição é operado pela gestão governamental que determina as ações e comportamentos dos indivíduos, sendo o Direito um dos principais instrumentos de sua realização (Pelt, 2022), visto que o ordenamento jurídico regula a sociedade, mas também é regulado por ela. O Direito foi criado e aplicado por pessoas que nascem e crescem imersas em concepções sociais que naturaliza a subalternização de

indivíduos e enaltece a vivência do homem branco, burguês, hétero e cis (Pedra, 2018). Dessa forma, os sujeitos que não se encaixam no padrão de normalidade são assujeitados, forçados a se assimilarem ou aceitar o destino da exclusão social.

2.3 Situação contemporânea da LGBTQIA+fobia e da luta das dissidências sexuais

A lógica capitalista do mundo moderno contaminado pelas entrelinhas do colonialismo faz com que as vivências das dissidências sexuais venham somente a existir perante uma um sistema de semelhanças com as práticas dominantes, operando efeitos de subordinação e assimilação dos grupos minorizados para preservação da hegemonia dos grupos majoritários (Pelt, 2022). A gramática subversiva que narra o esquecimento, o apagamento e o silenciamento das pessoas que não conseguem se adaptar às propostas emancipatórias se modifica em decorrência do contexto fático em que estão inseridas, sendo o recorte temático deste capítulo, a contemporaneidade.

Com a evolução da sociedade capitalista e patriarcal, especialmente com a maior visibilidade das pautas de minoria, já não era mais tão politicamente correto discriminar a população LGBTQIA+ descaradamente, matar tão claramente, visto colocar em questão a própria lógica de proteção do Estado moderno. Nesse sentido, a burguesia reconheceu a população homotrans como um negócio, assimilando os dissidentes sexuais ao sistema, por meio da heterossexualização, controlando-os e, principalmente, tornando-os consumidores. Nada mudou, a inclusão aparente tem um preço muito grande: a população LGBTQIA+ deixa o desejo de ser cidadã para se tornar a diversidade sexual consumidora (Pelt, 2022).

Em estudo operado por Lisa Peñarola, sob ótica de Pelt (2022), há décadas, a incorporação e aceitação de pautas identitárias pelo mercado dá a sensação de pertencimento e de inclusão na sociedade, mas acaba por resultar, em certa medida, na acomodação das minorias sexuais ao próprio sistema capitalista. A ordem imposta está aberta à transformação, aceitando a pluralidade e a diversidade sexual; entretanto, a suposta melhoria e democracia plural é operada por intermédio do consumo, objetivando aprimorar as formas do próprio sistema (Pelt, 2022).

Nesse mesmo sentido, Puar (2015⁴³, *apud.* Pelt, 2022) cria o conceito de homonacionalismo para descrever uma espécie de mediador da aceitação e tolerância da população LGBTQIA+ caracterizada pela heteronormatividade a ser assimilada por homossexuais. As políticas operadas pelo Estado apostam em imagens positivas da população

⁴³ Puar JK. Homonacionalismo como mosaico: viagens virais, sexualidades afetivas. In: Revista Lusófona de Estudos Culturais. 2015;3(1):297-318.

dos dissidentes sexuais, aqueles aceitáveis para a cultura liberal, privilegiando às representações sociais hegemônicas feitas à semelhança das famílias heterossexuais guiadas por padrões de monogamia. Como consequência, há a criação de sérios problemas para os que ficam à margem, já que, em nome da inclusão, se opera a sua exclusão (Pelt, 2022).

A simpatia do capitalismo em relação à diversidade sexual está diretamente relacionada com seu potencial lucrativo de consumir, a admissão de dissidentes como sujeitos é feita como consumidor. Nesse contexto, dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) realizada pelo Ministério da Saúde e pelo IBGE em 2019, divulgado em 2022, apontaram que 2,9 milhões de pessoas se auto identificam como homossexuais ou bissexuais no Brasil, contingente correspondente a 1,8% da população acima de 18 anos. Além disso, o Instituto LGBT Capital aponta que o poder de compra médio da população LGBTQIA+ mundial foi estimado em 3,6 trilhões de dólares anuais no mundo todo, ou seja, um mercado consumidor muito amplo, portanto na lógica capitalista o dissidente deve ser integrado na sociedade para ser explorado (Pelt, 2022).

Logo, políticas de assimilação foram integradas ao sistema jurídico moderno, porém, incipientemente, pois somente possuem a função de impor ordem e “normalizar” a vivência da população LGBTQIA+. O enquadramento de uma pauta de não-discriminação das dissidências sexuais, presente atualmente como um remédio afirmativo, mesmo possuindo seu nível de importância, não reflete diretamente em uma sociedade mais igualitária (Aquino *et al.*, 2021).

Como uma forma de questionamento ao sistema hegemônico que somente aparenta a proteção a população LGBTQIA+, nasce a teoria crítica queer como metodologia de análise para investigação de determinados fenômenos sociais. Queer é tudo aquilo que fracassou em não cumprir com o projeto de normalidade, sendo, antes de tudo, uma “contra-identidade”, um alerta ao não-reconhecimento, uma identidade desidentificada, um grito anti-assimilacionista, uma postura crítica frente à impossibilidade da sociedade moderna de ser efetivamente plural (Pelt, 2022).

Uma das marcantes características do termo queer é justamente a sua indefinição. Nesse sentido, caracterizar a teoria dentro dos parâmetros da epistemologia vigente é um erro, pois se o conceito de queer estiver contido em liames de um método científico coeso, é provável que deixe de ser o que pretende ser. A teoria queer paga um preço caro pela sua instabilidade conceitual, fadada ao fracasso em seu princípio, mas talvez esse seja esse o intuito, constituir um alerta sobre a perda de potencial crítico das dissidências sexuais (Pelt, 2022).

A proposta queer se coloca como uma crítica aos modelos colonizadores e perpetradores de políticas hegemônicas, operados pelo apagamento de situações que fogem de seu âmbito contextual. Ao ser designada como queer, retira-se o poder do ofensor, chamando para si a competência de gerir os conceitos, uma inversão da lógica de depreciação, ressignificando os efeitos de termos historicamente negativos, como “viadinho” e “sapatão” (Pelt, 2022).

O excluído, se reconhecendo como abjeção, marca seu papel na sociedade moderna como um sujeito com diferenças irreconciliáveis, rompendo o fluxo aparentemente sereno dos processos de sujeição normatizadores e heteronormativos. Os dissidentes sexuais amenizam a relação de dominação ao aceitar o modo como são vistos socialmente, fazendo o seu reconhecimento indigno como método de inserção no sistema na condição de existência propositalmente incômoda (Pelt, 2022).

Desse modo, a crítica queer não deixa esquecer que por mais que haja diversos avanços na esfera jurídica de reconhecimento de direitos da população LGBTQIA+, como a descriminalização da homossexualidade em todos os países da América Latina, a situação de vulnerabilidade das dissidências sexuais continua urgente. Os direitos conquistados, antes de tudo, apresentam uma enorme dificuldade para que saiam do papel e os dados para o monitoramento de sua eficácia são extremamente insatisfatórios (Aquino *et al.*, 2021).

Frente aos avanços na esfera jurídica, os números de casos de violência contra a população LGBTQIA+ continuam a crescer. Além disso, desenvolve-se na região latino americana uma forte politização reativa promovida por uma horda conservadorista em curso (Aquino *et al.*, 2021). Em países latinos, como o Brasil, Chile, Colômbia, México, etc., grupos homotransfóbicos criam marchas substanciais, desde 2015, para destilar seu ódio, ademais formam grupos nas câmaras legislativas para barrarem legislações garantistas aos direitos de dissidências sexuais (Corrales, 2020, tradução livre).

Em território brasileiro, uma pessoa LGBT é morta a cada 40 (quarenta) horas, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2024), sendo categorizado como um dos países mais inseguros para uma pessoa LGBT. Segundo dados do Observatório de Mortes e Violências contra LGBT+ em 2020, 237 LGBT+ tiveram morte violenta no Brasil, vítimas da LGBTQIA+fobia: 224 homicídios (94,5%) e 13 suicídios (5,5%). Para piorar, este mesmo relatório em 2021 concluiu que o quantitativo de mortes neste segmento social foi de 316, com aumento de 33,33% em relação ao ano anterior (Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil, 2023).

Ademais, segundo estudo feito por Araújo (2021) com base nos dados produzidos pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), o Brasil continua liderando globalmente os números de morte de pessoas trans, em que 124 (cento e vinte e quatro) indivíduos faleceram e, em 80% dos casos, houve extrema violência contra as vítimas, indicando um ódio profundo. Além disso, destaca-se que ainda existe uma subnotificação marcante nos casos de crime de ódio, uma vez que o Estado brasileiro não considera a identidade das vítimas ao registrar os delitos, nem ao menos os investiga (Araújo, 2021).

Portanto, por mais que haja uma política que tenta, aparentemente, sanar as problemáticas e garantir direitos à população LGBTQIA+, não há na realidade uma implementação verdadeira destes direitos, visto que ainda inserida em um contexto desigual e discriminatório. A materialização dos direitos deve levar em consideração as possibilidades dadas aos dissidentes sexuais de existir.

3 A ADO N.º 26 — UMA “LEGISLAÇÃO COM FUROS”

Para uma melhor compreensão e análise da ADO n.º 26 é essencial analisar o contexto em que ela se inseriu, marcado pela omissão legislativa e pela demanda social da população LGBTQIA+. O sistema representativo, influenciado por elites financeiras e inserido em uma lógica capitalista e patriarcal, restringe as discussões críticas e reflexivas, priorizando o modelo de vida da maioria (Leal, 2023). Nesse cenário, a ADO n.º 26 surgiu como uma resposta à inércia legislativa em relação aos direitos das dissidências sexuais, levando o movimento LGBTQIA+ a depositar no Poder Judiciário a esperança de ver suas garantias constitucionais efetivadas. A judicialização da questão visou, portanto, concretizar direitos fundamentais de uma minoria vulnerável, negligenciada pela falta de representação política e subjugada pela vontade da maioria.

Em sequência, após contextualizar a ADO n.º 26 e a função contramajoritária do STF, a análise documental do acórdão foi imprescindível para demonstrar a resposta institucional às demandas LGBTQIA+. Nesse contexto, o voto do Ministro Relator Celso de Mello, devido à sua similaridade com a tese vencedora, e para adequar a análise aos limites de uma monografia, dada a extensão do inteiro teor do acórdão foi escolhido como parâmetro de análise; além disso, houve uma breve análise da emenda da decisão do Supremo Tribunal.

3.1 Da recusa legislativa à intervenção judicial na LGBTQIA+fobia

Como exposto, a LGBTQIA+fobia é um fenômeno estrutural com raízes coloniais voltado à efetivação do modelo de sociedade construído pelo capitalismo e pelo patriarcado.

Contextualizando a narrativa para a contemporaneidade, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, diversos movimentos voltados para a efetivação dos direitos humanos foram desenvolvidos em função dos atos de barbaridade praticados pelo nazifascismo. As noções de democracia foram fortalecidas, gerando a ascensão dos sistemas jurídicos com o enfoque grande na Constituição, como forma de representação da vontade da maioria, mas principalmente, como instrumento responsável por proteger os direitos dos que não podem ou não conseguem fazer parte da maioria (Leal, 2023).

Dessa forma, a Constituição de 1988 foi desenvolvida sob um panorama de preocupações quanto às reivindicações de direitos das minorias, reconhecendo o papel estatal de promoção de sociedade justa e igualitária e possibilitando a cada indivíduo a plenitude de seu projeto de vida, justamente pelo contexto sócio-político da época (Leal, 2023). Entretanto, o sistema político-institucional brasileiro enfrenta uma crise de legitimidade no que tange a divergência entre proteção dos grupos minoritários e a garantia de uma democracia representativa.

As minorias dependem da vontade das majorias para deliberar sobre direitos que lhe são essenciais, sem os ver efetivos, visto que, raras vezes, são apoiados em interesses capitalistas, visto que a grande maioria não se interessa na defesa das garantias de minorias. As aversões e preconceitos de determinados grupos suprimem a efetivação de direitos dos demais, especialmente, no tocante aos indivíduos dissidentes sexuais (Leal, 2023).

O sistema representativo, ao ser influenciado por elites do capital financeiro e por estar inserido em uma lógica capitalista e patriarcal, acaba por ter seu horizonte de discussões críticas e reflexivas voltadas para a concretização do modelo de vida imposto pela maioria. Nesse sentido, há também uma crise de representativa em face de um déficit de participação democrática efetivo das minorias pela sua invisibilização social, gerando uma falta de representação nos processos políticos decisórios (Bunchaft, 2022).

Nesse contexto, o conceito de democracia, sendo ventilado unicamente como expressão da maioria, acaba por desenvolver diversos obstáculos à obtenção de direitos fundamentais aos grupos vulneráveis e minoritários. O moralismo da suposta democracia majoritária representativa tenta justificar discriminações jurídico-sociais em virtude da não adequação de certos grupos ao estilo de vida considerado normal para o grupo majoritário-dominante. Entretanto, todo Estado verdadeiramente democrático deve garantir acesso às garantias fundamentais a todos os seus integrantes, sob pena da condição democrática não estar presente (Leal, 2023).

No Brasil, mesmo com a promulgação de uma Constituição cidadã que se preocupa com a efetivação de direitos das minorias, ainda há uma inquietação frequente quanto a forma como a vontade da maioria é exercida no âmbito legislativo. Nesse sentido, a democracia tem por base uma demagogia populista, na qual os governantes adotam medidas de caráter popular para sua manutenção no poder, diversas leis são criadas, por exemplo, com foco em beneficiar o “coletivo” em desarmonia com os direitos minoritários. Portanto, a maioria usa de um poder opressivo e tirânico, para com as minorias, para agir de modo autoritário, ignorando os interesses dos vulneráveis, inclusive da população LGBTQIA+ (Silva, Santana, Ribeiro, 2022).

No âmbito do legislativo brasileiro, há uma clara disposição para a aprovação de projetos de leis que versam sobre interesses de bancadas de cunho majoritários, como de grupos a favor do armamento civil, do agronegócio e da religião evangélica, limitando a pauta de legislações voltadas para a garantia de direitos de minoria (Bunchaft, 2022). O Brasil ainda é um dos países que mais mata dissidentes sexuais no mundo, segundo o Observatório de Mortes e Violências LGBTI+ no Brasil (2022), o que revela que o país o quanto a homofobia é um componente psicossocial presente na identidade brasileira, gerando direta influência nos projetos de leis apresentados e aprovados no Legislativo (Neto, 2022).

Em pesquisa coordenada por Leal (2023), usando como filtro a palavra-chave LGBT, somente foram achados 23 projetos de lei tramitando com a finalidade de proteção dos direitos de minorias sexuais. Nesse sentido, para melhor exemplificação da omissão legislativa, necessário se faz revisitar a falha proposital quanto ao dever de legislar na Câmara dos representantes populares.

Desde a Assembleia Constituinte, em 1988, já se discutia a necessidade de inclusão do termo “orientação sexual” no art. 3º, inciso IV, da CF, com o intuito de dar vazão a proibição da discriminação contra dissidentes sexuais. Porém, mesmo a proposta sendo aceita em duas subcomissões da constituinte, a iniciativa foi excluída da Comissão de Sistematização e definitivamente rejeitada pelo Plenário (Menezes, 2020).

Adiante, se localiza em 2005 um dos primeiros projetos de leis com propostas voltadas para a população LGBTQIA+, com o de n.º 6.297/2005 cujo objetivo era reconhecer o(a) companheiro(a) como dependente segurado no INSS. Porém, antes mesmo de sua propositura, já havia sido proposta uma Ação Civil Pública n.º 2000.71.00.009347-0, cuja liminar foi mantida pelo STF em julgamento de n.º 1.984/RS. O PL em questão foi arquivado em 2015 com base no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, nos seguintes termos: “finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido

submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação” (Brasil, 1989, p. 64) (Leal, 2023).

Posteriormente, não foram localizados quaisquer projetos de lei entre as legislaturas de 2006 e 2012. Em 2013, o PL de n.º 5.002/2013 foi apresentado com a finalidade de alteração do art. 58 da Lei de Registros Públicos visando a proteção da identidade de gênero. Porém, novamente fora arquivado em 2019 sob o pretexto do art. 105 do Regimento Interno. Na mesma época, o STF já havia decidido quanto ao assunto na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 4.275/DF para definir a possibilidade de pessoas trans de realizar a retificação do prenome e do sexo nos cartórios de Registro Públicos sem a condicionante de prévia cirurgia de retificação (Leal, 2023).

Por fim, em 2015, o Projeto de Lei n.º 335/2015 foi proposto com intuito de elencar a inscrição de casais homoafetivos como entidade familiar nos programas de habitação do governo. Mais uma vez, o PL foi arquivado com base no mesmo motivo, o art. 105 do Regimento Interno. Outro projeto de lei n.º 2.927/2019 foi proposto com o mesmo fim, mas desde 2019 espera o parecer do relator na Comissão de Direitos Humanos para prosseguir com a tramitação (Leal, 2023).

Assim, é possível perceber que o legislativo propõe projetos incipientes para a resolução das problemáticas dos dissidentes sexuais, mas, mais essencialmente, há uma demora exacerbada no processo de aprovação dos poucos PL propostos, levando ao arquivamento das iniciativas. Nesse contexto, confrontados com a omissão legislativa, os grupos atingidos por este déficit procuram outros canais de proteção para uma resposta significativa. Comumente, as demandas deságuam no poder judiciário, especialmente no STF, por seu dever de proteger os direitos fundamentais (Leal, 2023).

Segundo Leal (2023, p. 7-8): “a omissão ou procrastinação do Poder Legislativo na apreciação dos projetos de lei mencionados incitam as minorias sexuais, de maneira cada vez mais intensa, a buscarem os demais Poderes e órgãos públicos para terem seus direitos assegurados”. Em um contexto de constante tensão entre democracia representativa e constitucionalismo garantista, as minorias sexuais têm recorrido ao Poder Judiciário e em seu poder contramajoritário para conseguir proteção (Leal, 2023).

Desse modo, num contexto político em que os direitos fundamentais das minorias são sufocados pela vontade da maioria, há uma constatação de que as reivindicações dos movimentos LGBTQIA+ não serão atendidas pelo processo democrático de deliberação. Para se escusar do encargo social de se manifestar sobre temas polêmicos e controversos, o legislativo se apoia na atuação do Poder Judiciário de suprir as omissões por decisões

judiciais para resolução das problemáticas, justificando a falta de iniciativa da casa dos representantes (Leal, 2023).

A busca pela intervenção do Poder Judiciário é descrita como judicialização da política, na qual se transfere as decisões do campo parlamentar para as cortes, cabendo ao judiciário dar significado aos direitos de minorias, conforme o contexto histórico-social, político, moral e, finalmente, jurídico da sociedade naquele determinado momento (Teixeira, 2019). Desse modo, a judicialização é um fenômeno que se insurge a partir da relação entre os poderes do Estado, em que há um descolamento do polo de tensão do parlamento em direção à jurisdição constitucional (Bunchaft, 2022).

A Constituição de 88 assumiu um duplo encargo, como garantidora das regras do jogo democrático, assegurando ampla participação popular e a vontade da maioria, além de guardião dos direitos fundamentais e respeito das minorias. Esse sistema foi desenvolvido, na medida em que no contexto democrático representativo não há mecanismos que protejam as minorias da vontade da maioria (Leal, 2023). Logo, a jurisdição constitucional se configura como um instrumento de tutela de garantias essenciais, enquanto as Cortes agem na defesa das condições para a existência da democracia (Leal, 2023).

Assim, do tensionamento entre constitucionalismo e democracia, emerge-se o conceito de democracia constitucional, por meio do qual o povo deve se autogovernar, porém, sem perder os parâmetros dos direitos humanos fundamentais (García Jaramillo, 2015⁴⁴ *apud*. Leal 2023). Dessa forma, a jurisdição constitucional se encarrega de proteger os cidadãos que não conseguem representação no âmbito parlamentar, evitando a chamada ditadura da maioria (Leal, 2023).

Bunchaft (2020) desenvolveu o conceito de Constitucionalismo Democrático-Paritário, especialmente para analisar a cultura jurídica de países periféricos do sul global, tendo por base a profunda tensão entre o constitucionalismo e a democracia, entendendo o caráter democrático das reações adversas (*backlash*). Esta teoria afirma que quando o processo político-democrático não efetiva as demandas de grupos vulneráveis, caberia ao STF atuar de modo contramajoritário de maneira a buscar a concretização dos direitos fundamentais suprimindo a omissão legislativa do sistema democrático majoritário (Bunchaft, 2022).

⁴⁴ GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. Revista da Faculdade de Direito [da] UFPR, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 67-95, maio/ago. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v60i2.41005>. Acesso em: 4 out. 2023.

Assim, como dito anteriormente, principalmente após os terríveis acontecimentos durante a Segunda Guerra Mundial, depositou-se nos tribunais constitucionais a tarefa de afirmar os valores constitucionais e averiguar se as leis ou atos normativos são válidos conforme o texto constitucional. Para isso serve o controle de constitucionalidade em um sistema de freio e contrapesos, de modo que as cortes constitucionais garantem a funcionalidade do sistema dos direitos fundamentais (Leal, 2023).

Portanto, no final do Século XX, com o desenvolvimento de um movimento de neoconstitucionalidade, houve uma transformação do papel do STF no que tange ao controle de constitucionalidade pela valorização dos direitos fundamentais e por uma maior atuação do Poder Judiciário na proteção destes. Em função deste fenômeno, houve a elevação de um debate da importância da interpretação constitucional progressista que considere a evolução social, os valores contemporâneos e as demandas da sociedade, ou seja, a corte constitucional deve interpretar a Carta Magna de maneira aberta e dinâmica para concretização dos direitos fundamentais (Barroso, 2015⁴⁵ *apud*. Carrijo, 2023).

Em vista das decisões de cunho garantidor do STF e das omissões frequentes do Congresso Nacional, revisita-se o papel contramajoritário da Corte Constitucional frente à assegurar de direitos de dissidências sexuais. A oposição ao entendimento majoritário tem por função conferir efetividade às garantias fundamentais diante da inércia legislativa, visto que a “omissão para regular tais matérias também representa uma faceta da vontade majoritária que desprestigia as minorias sexuais, conforme se depreende da construção jurisprudencial realizada pelo STF na ADI n.º 4.275/DF” (Leal, 2023, p. 14). O Poder Legislativo, como demonstrado, é influenciado por valores prevalecentes na sociedade capitalista e patriarcal brasileira, mantendo-se inerte quanto às reivindicações da população LGBTQIA+ para adequação do ordenamento nacional à realidade emergente de práticas e costumes sociais (Leal, 2023).

Na visão de Hesse (1991⁴⁶ *apud*. Carrijo, 2023) a Constituição, como um documento normativo supremo no ordenamento brasileiro, deve ser aplicada de forma consistente e coerente ao longo do tempo, independente das aspirações políticas do momento. Porém, cabe ao judiciário moldar a realidade normativa à realidade fática, principalmente, no que tange aos direitos de minoria, em que há uma grande mutabilidade social. Dessa forma, a normativa constitucional não é imutável, devendo ser construída via diálogos com a sociedade,

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. —A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 5, n. 2, junho de 2015, p. 23–50.

⁴⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9 - 34.

considerando as múltiplas perspectivas e os parâmetros de direitos fundamentais (Carrijo, 2023).

Assim, dada a falta de representação parlamentar e de acesso aos espaços de deliberação, com a adição da omissão do Congresso Nacional, perpetua-se a situação de vulnerabilidade das dissidências sexuais. Nessa lógica, a função contramajoritária rompe com o processo de exclusão social, garantindo, em tese, direitos aos interesses de grupos minoritários (Leal, 2023). Entretanto, essa atuação não supre e não desloca para o Judiciário a responsabilidade do Legislativo. Em realidade, somente dá destaque à inércia dos demais Poderes em dar respostas rápidas e minimamente efetivas às demandas da sociedade, de modo que a judicialização de direitos fundamentais cresce em exponencia (Bahia, 2012).

No âmbito de direitos discriminatórios, o avanço do movimento LGBTQIA+ brasileiro no Poder Judiciário é notável com a ampliação das conquistas não alcançadas no legislativo. Na ausência de marcos regulatórios de igualdade, as dissidências sexuais aportaram suas ideias no judiciário, instituição que acolheu diversas de suas dores, como o casamento civil e adoção de crianças por casais homossexuais (Carvalho, 2014).

Ocorre que, os dados inegáveis quanto a violência sofrida devido à homofobia no contexto brasileiro, induziram a sociedade para um pensamento mais radical e punitivista como solução das problemáticas da população LGBTQIA+. Ademais, é extremamente idealista pensar que os movimentos dos dissidentes sexuais se negariam a trilhar o caminho da criminalização, visto que outros movimentos sociais já trilharam este caminho, porém, é necessário indagar se esta seria a melhor alternativa (Carvalho, 2014).

O populismo criminológico (Batista, 2011) transforma a intervenção penal na resposta mais eficiente para solucionar situações sociais conflitantes, inclusive aquelas decorrentes de problemáticas estruturais e incorporadas na sociedade. Porém, todas as pautas relativas à criminalização de algo criam e incorporam, implícita ou explicitamente, discursos políticos, baseados em imagens construídas sobre o crime, a criminalidade e o controle social (Carvalho, 2014). Entretanto, este conteúdo, que será pormenorizado adiante, foi abraçado pelos movimentos sociais na busca de se inverter e superar a homofobia, afastando da crítica que o sistema elencado — penal — tem por função a manutenção das estruturas sociais dominantes, assunto que será estudado com maior profundidade posteriormente (Rodrigues, 2020).

Nesse contexto, surge a proposta da ADO n.º 26, fruto de uma omissão e mora legislativa em relação ao cumprimento dos dispositivos constitucionais de criminalização dos atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais definidos no art. 5º, XLI e XLII, da

Constituição de 88. Em leitura da petição inicial da Ação de Direta Inconstitucionalidade por Omissão tem-se que esta foi proposta justamente pelo transcorrer de vinte e quatro anos desde a promulgação da Constituição sem qualquer ação por parte do Estado para suprir as necessidades de proteção da população LGBTQIA+ e lapso de mais de doze anos da propositura do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, o PL n.º 5003/2001, o qual foi convertido em PLC n.º 122/2006 no Senado Federal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão fez parte das inovações da Constituição de 88. Até o ano de 2007, a Corte Constitucional utilizava como parâmetro para o julgamento de ADO uma posição não concretista, reconhecendo somente a omissão do legislador, sem determinar nenhuma medida de cunho ativo. Entretanto, após 2007, o Plenário do STF passou a adotar um posicionamento que admitia a aplicação de legislação infraconstitucional já existente por meio da hermenêutica analítica e/ou a determinação de um prazo razoável para o Poder Legislativo editar norma reguladora sobre o tema. Essa virada foi introduzida também na lei n.º 9.868/99, normativa reguladora da ADO (Teixeira, 2019).

“Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

§ 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009).

§ 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido. (Incluído pela Lei nº 12.063, de 2009)”. (Brasil, 1999)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), partido com representação no Congresso Nacional, portanto, legitimado por força do art. 2º, inciso VIII da lei 9.868/99. A ADO n.º 26 tinha como objetivo o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso quanto a criminalização da LGBTQIA+fobia, baseando-se no princípio da proporcionalidade e na acepção de proteção insuficiente, o reconhecimento da homotransfobia como espécie do gênero racismo, como disposto pelo art. 5º, XLII da CF, utilizando a compreensão político-social do racismo afirmada pelo STF no caso *Ellwanger* e, subsidiariamente, o reconhecimento da

LGBTQIA+fobia enquanto discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (Menezes, 2020).

(i) viola o direito fundamental à liberdade, pois implica negação à população LGBT de realizar atos que não prejudicam terceiros e que não são proibidos pela lei; (ii) viola o direito fundamental à igualdade, pois não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação [negativa] da população LGBT relativamente a heterossexuais não transgêneros'. A terceira linha argumentativa do requerente é no sentido da inconstitucionalidade da mora legislativa por afronta ao princípio da proporcionalidade, na vertente da vedação de proteção deficiente, e ao direito fundamental à segurança da população LGBT (art. 5º, 'caput', da CR) (Brasil, 2019, p. 24).

O partido político aduziu na petição inicial que há uma má vontade institucional do legislativo. Além disso, alega haver ausência de votação de Projetos de Leis que visam a efetiva criminalização da LGBTQIA+fobia deliberadamente. Explicita que o adiamento de votação a proposta legislativa “Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas” (PLC 5.003/2001, aprovado pela Câmara dos Deputados, remetido para o Senado Federal) constituiria a prova mais evidente do retardamento intencional de tramitação, frustrando o adimplemento do mandado de criminalização exposto no art. 5º, XLI da Constituição. Assim, se fazia necessária a atuação do STF, em sua função contramajoritária, declarar a inconstitucionalidade por omissão. (Brasil, 2019).

Ademais, trouxe dados quanto a violência perpetrada em função da homofobia no Brasil para demonstrar que é faticamente inviável o exercício de direitos pela população LGBTQIA+ livremente. (Barros, 2020). Assinala que a superação irrazoável do lapso temporal para implementação de medidas para proteção da população LGBTQIA+ tem causado frustração a legítima pretensão dos dissidentes sexuais de proteção do Estado frente aos atos de violação aos seus direitos fundamentais, atentando gravemente contra a dignidade de indivíduos homossexuais e trans (Brasil, 2019). Sustenta que o STF, como guardião da ordem constitucional, deve zelar e reafirmar o respeito ao texto consagrado da Constituição, repelindo toda conduta governamental abusiva (Teixeira, 2019).

Por fim, quanto à possibilidade da decisão do STF se tornar uma afronta ao princípio da separação de poderes, o partido político alega que a Corte somente estaria exercendo sua função institucional, utilizando a jurisdição que lhe é inerente. Pontua que o STF não pode tolerar prepotências de governantes, tanto quanto não pode se curvar a pressões de grupos majoritários. Conclui expressando que a Corte Constitucional, ao suprir a inércia do Congresso Nacional e adotar medidas para efetivação dos valores constitucionais, somente estaria cumprindo com a sua missão institucional (Teixeira, 2019).

Nesse sentido, foi requerido sucessivamente: (a) a declaração da mora inconstitucional do legislativo; (b) a fixação de um prazo razoável para o parlamento elaborar normativa quanto a criminalização da LGBTQIA+fobia; (c) atribuição de interpretação conforme à Constituição art. 20 da Lei Antirracismo (Lei n.º 7.716/89), para que o crime de discriminação por sexualidade seja interpretado na acepção político-social do racismo; (d) subsidiariamente, caso não entendido a LGBTQIA+fobia como espécie de racismo, que o STF exercesse uma função legislativa atípica para efetuar um controle de constitucionalidade da omissão legislativa para criação de uma normativa provisória (Menezes, 2020).

Além disso, é necessário também abordar o contexto pelo qual a ADO n.º 26 foi pautada para julgamento no STF. A petição inicial é datada de 2013, porém só foi incluída no calendário de julgamento pelo Presidente do Tribunal, Ministro Dias Toffoli, em 2019, em um cenário político de eminente risco de retrocesso diante das conquistas individuais pela ascensão da extrema-direita (Teixeira, 2019). Nesse contexto, houve o levantamento do questionamento se a decisão da Corte não se passou de uma negociação de aparência normativa diante da conjuntura de extrema ofensa aos direitos humanos (Rodrigues, 2020).

O julgamento da ADO n.º 26 tornou-se um espetáculo jurídico acompanhado por muitos. Do lado favorável, junto do movimento LGBTQIA+, houve uma mobilização da sociedade civil voltada à luta emancipatória de direitos, como o movimento feminista e o movimento negro. Enquanto da outra parte, setores mais conservadores da sociedade, se mostraram em desfavor da ADO (Rodrigues, 2020).

Nesse contexto, no seio do mês do orgulho LGBTQIA+ em 2021 foi levantada a *hashtag* “#CRIMINALIZASTF” nas redes sociais como forma de apoio ao iminente julgamento no STF. Diversos artistas de cunho nacional, ativistas e influencers se juntaram ao movimento na internet, como a Pabllo Vittar, a Ivete Sangalo, a Preta Gil, entre outros, assim como estrelas internacionais, tendo exemplo diversas participantes do *reality* estadunidense RuPaul’s Drag Race. Como resultado, a *hashtag* chegou a primeira posição dos assuntos mais comentados na antiga rede social Twitter (Manoel, 2021).

Em encerramento, ADO nº26 foi proposta em uma conjuntura de omissões legislativas quanto aos direitos das dissidências sexuais, de forma que o movimento LGBTQIA+ confiou no Poder Judiciário como a única forma de ver seus direitos efetivados. A judicialização da questão foi voltada para a concretização de garantias fundamentais da minoria vulnerável, subjugada pela falta de representação política à mercê da vontade da maioria.

3.2 Análise da ADO n.º 26 — Do voto do Relator Ministro Celso de Mello e da Ementa

Após uma breve explicação quanto ao contexto da ADO n.º 26 e a função contramajoritária do STF, necessária se faz uma análise documental do acórdão da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para demonstrar como se deu a resposta institucional às demandas da população LGBTQIA+. Nessa tarefa, como escolha metodológica para adequar à proposta da análise aos limites estreitos de uma monografia e tendo em vista a longa extensão do inteiro teor com mais de 500 páginas, foi centrado o estudo sobre o voto proferido pelo Relator da ADO n.º 26, Celso de Mello, ao coincidir em muitas partes com a tese vencedora por maioria. Ademais, haverá um breve recorte sobre a ementa da ADO n.º 26 para uma análise das teses gerais propostas pela Corte Constitucional. Por fim, não será feito um exame de tópico por tópico do parecer do Relator, tendo em vista a extensão de 155 páginas, mas, sim, uma exposição dos pontos mais importantes de conhecimento para o propósito do trabalho. Um estudo de todos os votos seria, sem dúvidas, uma oportunidade primorosa, entretanto a sua realização ultrapassa os limites de uma monografia. Portanto, o exame do parecer do Relator funcionará como um paradigma de análise.

O Ministro Celso de Mello inicia seu voto com uma breve constatação em que afirma que acabaria sendo induzido no “índice mantido pelos cultores da intolerância” por sua posição em defesa dos direitos de minorias. Entretanto, explica sua posição tendo em vista a função contramajoritária do STF que é incumbido de fazer prevalecer a autoridade e supremacia da Constituição. Indicando um peso na valoração dos direitos humanos, o Relator dividiu seu voto em dezoito tópicos até a sua conclusão (Brasil, 2019).

No quarto tópico do parecer, Celso de Mello traz a conceituação de terminológicas que seriam importantes para a construção de seu voto, como a explicação da sigla LGBT. Ocorre que, quando o Relator destrincha o conceito de gênero e sexo, acaba por utilizar estratégias linguísticas-discursivas de normalização das minorias sexuais por uma subalternização que reflete os regimes estruturais de binaridade (Bunchaft, 2020).

A língua é um verdadeiro instrumento de socialização, possuindo a capacidade de incorporar e excluir sujeitos. Dessa forma, seu uso não é neutro, a linguagem possui carga valorativa e ideológica, marcada pela binaridade, colaborando com a opressão de dissidências sexuais. O Direito, como todo ordem social, também faz parte do processo de socialização pela linguagem, residindo como uma porta para a normatividade cisgênero, catalisando problemas de tentativa de assimilar a identidade de indivíduos LGBTQIA+, assim como pode se demonstrar pelo voto do Ministro Relator (Flores, 2024).

A designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que apresentam características sexuais ambíguas).

Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão de sua conformação biológica. É possível verificarem-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero). (Brasil, 2019, p. 44)⁴⁷

O voto do Ministro, mesmo que inconscientemente, mobiliza uma construção teórica eminentemente binária, sendo ressaltado que definição de sexo é uma realidade preexistente sobre a qual se constrói o gênero. Em uma concepção binarista, a identidade sexual se mostra como algo natural, estabelecendo uma consistência objetiva e cientificista da existência de somente dois sexos. No atributo do binarismo existe uma dicotomia e uma oposição entre o sexo feminino e o sexo masculino, como dois polos diferenciados. Se um indivíduo não se enquadra na categoria homem, iminentemente se encaixaria na categoria de mulher (Bunchaft, 2020).

Todavia, como aponta Butler (2018), o próprio sexo biológico é um produto de construção discursiva, pelo qual a “natureza sexuada” é produzida e estabelecida como algo preexistente e anterior à cultura. Logo, a concepção trazida por Celso de Mello de sexo biológico reforça a construção discursiva binarista resultante de relações de poder, ratificando identidades, pressupondo uma compreensão simplificada das pessoas e negando-lhes a multiplicidade de identificações (Bunchaft, 2020).

Em seguida, Celso de Mello explicita que o gênero e a sexualidade são elementos essenciais e estruturantes da identidade humana, sendo parte da dimensão da personalidade. Entretanto, não obstante, sejam aspectos fundamentais relacionados à existência humana, os dissidentes sexuais são expostos a diversas situações de vulnerabilidade por ausência de proteção do Estado. O Ministro aponta como uma das razões que a expressão “ideologia de gênero” tenha tomado espaços no debate público, principalmente, por grupos que reduzem,

⁴⁷ A escolha por citações longas do voto do Ministro Celso de Mello se deu para maior contextualização do parecer e evitar parafraseamentos que não reflitam a integral opinião do magistrado, cuja manifestação se deu em 155 páginas. Nesse sentido, foi optada a transcrição das partes de maior interesse para o presente estudo, de modo a fazer o deslinde de uma análise mais concreta.

preconceituosamente, a dignidade de indivíduos LGBTQIA+ sob argumento de “teoria social” (Barros, 2020). Nesse sentido, o Relator demonstra uma posição política clara e assenta sua visão quanto aos direitos humanos, deixando perpassar opiniões pessoais.

“Não obstante as questões de gênero envolvam, inegavelmente, aspectos fundamentais relacionados à liberdade existencial e à dignidade humana, ainda assim integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos, por ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoca coloração homofóbica, que visam a limitar, quando não a suprimir, prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais, entre outros, culminando, até mesmo, em algumas situações, por tratá-los, absurdamente, a despeito de sua inalienável condição de pessoas investidas de dignidade e de direitos, como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem sequer tem direito a ter direitos, posto que se lhes nega, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência. Para esse fim, determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana, buscando embaraçar, quando não impedir, o debate público em torno da transsexualidade e da homossexualidade, por meio da arbitrária desqualificação dos estudos e da inconcebível negação da consciência de gênero, reduzindo-os à condição subalterna de mera teoria social (a denominada “ideologia de gênero”) (...)” (Brasil, 2019, p. 48)

Adiante, expressa que “o passado colonial e o registro de práticas sociais antigas revelam um tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País” (Brasil, 2019, p. 70). Ressalta-se, assim, a origem estrutural da LGBTQIA+fobia no Brasil, sendo uma problemática histórica ligada aos processos de colonização movidos pelo capitalismo e pelo patriarcado.

Após expor a situação da opressão histórica e social vivenciada pela comunidade LGBTQIA+, o Ministro expressa que a ADO é meio legítimo para a garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 88. Porém, afirma que o STF não pode legislar quanto à questão da criminalização por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional, em razão do princípio da reserva legal e a anterioridade. Por sua vez, Celso de Mello é claro ao esclarecer que medidas devem ser tomadas pela Corte Constitucional, tendo em vista o mandamento criminalizador na Constituição em seu art. 5º e a explícita mora legislativa (Brasil, 2019).

“Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República. Assim, e para que possa atuar a norma pertinente ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de

um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado (ao Poder Legislativo da União, no caso) e reconhecer admissível, para efeito de eventual colmatação da omissão denunciada, o acesso legítimo à presente ação de controle normativo abstrato.” (Brasil, 2019, p. 59)

Nesse sentido, segundo Ponte (2016⁴⁸ *apud*. Menezes, 2020) os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais os legisladores não têm nenhuma escolha quanto à não legislar, mas uma obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens adequadamente. Desse modo, o “*non facere*”⁴⁹ ou “*non praestare*”⁵⁰ resulta em inconstitucionalidade por omissão.

Para o Ministro, a omissão do Estado, ao deixar de cumprir a imposição do texto constitucional, qualifica-se como um comportamento de maior gravidade político-jurídica, uma vez que mediante inércia o Poder Público desrespeitou a Constituição. Adiciona que passados mais de trinta anos da promulgação da Carta Magna ainda não se registrou nenhum ato de proteção quanto à população LGBTQIA+ por parte do Congresso Nacional. Finaliza expondo que a mera alegação de existência de proposições legislativas não afasta a omissão do Poder Legislativo, pois evidenciada a superação excessiva de prazo razoável para aprovação de uma normativa como conduta procrastinatória e abusiva, fazendo-se necessária a intervenção do Poder Judiciário (Brasil, 2019).

Sendo assim, teve-se configurada a “*inertia deliberandi*”⁵¹, uma vez que o Congresso Nacional se manteve inerte quanto às proposições de Projetos de Leis com o intuito de criminalização dos atos homotransfóbicos. Nesse contexto, a clara omissão legislativa revela-se lesiva ao texto da Constituição, pois transgressora, por injustificável inação do parlamento, das cláusulas constitucionais de proteção penal previstas nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF/88. Assim, sendo possível o instrumento da Ação Direta de Omissão por Inconstitucionalidade proposta pelo partido político (Barros, 2020).

“Impende enfatizar, bem por isso, que as omissões inconstitucionais dos Poderes do Estado, notadamente do Legislativo, não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição – resultante da inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o

⁴⁸ PONTE, Antônio Carlos da. Crimes Eleitorais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 209

⁴⁹ “Non facere” em latim significa “não fazer”. Em direito, refere-se à obrigação de não realizar uma determinada ação ou de não praticar um determinado ato.

⁵⁰ “Non praestare” é uma expressão latina que significa “não prestar” ou “não cumprir”. Em contexto jurídico, refere-se à omissão de um dever ou obrigação, seja por não agir quando se devia (*non facere*) ou por agir de forma inadequada.

⁵¹ “Inércia deliberandi” refere-se à inação ou omissão dos órgãos legislativos em discutir e votar projetos de lei dentro de um prazo razoável.

inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal” (Brasil, 2019, p. 79)

Por fim, o Ministro declarou a mora legislativa e estipulou um prazo de doze meses para que o Congresso Nacional apreciasse o Projeto de Lei n.º 122/2006, evitando indevidas dilações (Brasil, 2019). No entanto, até o presente momento, a Câmara dos representantes populares não se pronunciou sobre a criminalização da homofobia.

Adiante, Celso de Mello resgatou o conceito de noção social de racismo, consagrado no caso Ellwanger (HC 82.424 RS) ao fim de configuração típica dos delitos previstos na Lei n.º 7.716/89, em que a raça “não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero” (Brasil, 2019, p. 105). Para o Ministro, a correlação entre o racismo e a homofobia está amparada na motivação de uma discriminação com a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação de acesso a bens, serviços e oportunidades (Brasil, 2019).

Para o Relator, limitar o racismo a simples discriminação de raças no sentido comum do termo implica a própria negação do princípio da igualdade, uma vez que a homofobia decorre da mesma intolerância que resultou outros tipos de discriminação. Nesse contexto, Celso de Mello afirma que a configuração de atos transfóbicos e homofóbicos como formas contemporâneas de racismo objetiva preservar a incolumidade dos direitos de personalidade, buscando inibir comportamentos abusivos que possam disseminar, criminosamente, o ódio público contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero (Brasil, 2019).

Por fim, Celso de Mello aponta que o entendimento exposto não envolve a aplicação analógica gravosa em matéria penal, “*in malam partem*”⁵², uma vez que não se cuida de uma formulação de nova normativa, nem de novas combinações de sanções penais. Em sua visão, o Ministro afirma que somente limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas às normas penais já existentes na medida que o preconceito advindo da LGBTQIA+fobia constitui manifestação do racismo em sua dimensão social (Brasil, 2019).

“Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder –

⁵² “In malam partem” é uma expressão latina que significa “em detrimento” ou “contra o interesse da parte”. No contexto jurídico, especialmente no Direito Penal, “analogia in malam partem” refere-se à aplicação de uma norma jurídica a uma situação de forma que cause prejuízo ao réu

permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito. Na realidade, o sentido de “raça” – que não se resume nem se limita a um conceito de caráter estritamente fenotípico – representa uma arbitrária construção social, desenvolvida em determinado momento histórico, objetivando criar mecanismos destinados a justificar a desigualdade, com a instituição de hierarquias artificialmente apoiadas na hegemonia de determinado grupo de pessoas sobre os demais estratos que existem em uma particular formação social.” (Brasil, 2019, p. 130)

Ocorre que tal fundamento levanta quatro críticas sociais extremamente importantes no que tange ao julgamento da ADO n.º 26: (a) não cabe ao STF tipificar condutas; (b) a de que o entendimento da Corte Constitucional é contra a legalidade penal em que se pese ao “*nullum crimen nulla poena sine lege*”⁵³, segundo o qual não se reputa uma conduta como crime sem que esta esteja prevista em lei emanada pelo Poder Legislativo; (c) a criminalização não é a medida mais eficaz para lidar com o problema estrutural da homofobia no Brasil, assim como a experiência da criminalização do racismo comprova e, (d) ao afirmar que a LGBTQIA+fobia é vertente de racismo, o STF consolidou um conceito inédito de racismo que, por mais que garantisse maior proteção jurídica contra formas de discriminação, é desnecessário para as minorias em geral e pernicioso para a população negra em específico (Corpo, 2019).

Nesse sentido, a controvérsia se estancou sobre a abertura de um precedente que permitiria a expansão desenfreada do Direito Penal, pela dispensabilidade do processo legislativo. A vertente adotada pelo Ministro Celso de Mello se vale de uma doutrina que relativiza a função limitadora da intervenção penal, em que há a simbologia de que a criminalização seria o meio mais eficaz de proteção de populações vulneráveis, como os dissidentes sexuais. Ainda, necessário expor, além da falta de eficácia de uma punição para a proteção de direitos fundamentais, o questionamento do instrumento utilizado pelo STF, com a ADO n.º 26, a superação da mora do parlamento pelo judiciário, por meio de elaboração de um tipo penal temporário (Rodrigues, 2020).

Quanto ao ponto (d), para Carvalho (2014), a via eleita pelo movimento LGBTQIA+, ao optar pelo pedido de inclusão da LGBTQIA+fobia na Lei 7.716/89 foi inadequada. Em um primeiro momento, o autor aponta que essa inclusão dilui a ideia de preconceito e

⁵³ “Nullum crimen, nulla poena sine lege” é um brocardo latino que, traduzido, significa “não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina”. É um princípio fundamental do direito penal que garante que ninguém pode ser punido por um ato que não era considerado crime no momento em que foi cometido.

discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero nas pautas de raça, religião, etnia e precedência nacional, expondo que por mais que existam certas similaridades, cada um desses fenômenos guarda uma complexidade própria que merece uma análise individual. Segundo, que as condutas tipificadas seriam melhor geridas fora do âmbito penal nas esferas cíveis, do trabalhista e administrativa, pois se tratam, em sua maioria, de condutas de impedimentos de acesso a oportunidades, bens e serviços (Carvalho, 2014).

Em outra perspectiva, a adoção do conceito de “racismo social” deturpa o próprio sentido da terminologia, pois não seria mais um sistema que assegura a dominação e inferiorização dos negros, se tornado um processo de subjugação dos “estranhos”. O novo entendimento adotado pelo Ministro Celso de Mello se confunde com o conceito de discriminação institucional que já abarca a opressão e negação de direitos de grupos marginalizados na sociedade. O “racismo social” cria uma anomia, gerando uma ideia de um racismo sem raça, em que pessoas brancas também podem sofrer de racismo em função da LGBTQIA+fobia, gerando o apagamento do que é mais relevante: os sujeitos por de trás da opressão (Corbo, 2019).

Assim, opera-se um apagamento também da luta do movimento negro e o reconhecimento constitucional em relação ao racismo se dissolve entre outras lutas e reivindicações que, por vezes, são cegas à problemática da discriminação racial. A maximização do conceito de racismo acaba por invisibilizar a negritude, ou seja, as referências ao racismo se tornam mera repetição de um compromisso genérico contra a discriminação. Ainda que o novo entendimento sirva para uma proteção mais generalizada dos direitos fundamentais de minorias sociais, acaba por enfraquecer a luta individual de cada movimento (Corbo, 2019).

Adiante, no voto do Relator há o tratamento da proteção constitucional à liberdade de expressão, especialmente, quanto aos entendimentos das Igrejas ligadas ao catolicismo. Para Celso de Mello, a discriminação se traduz na antítese da ideia de respeito estruturante do Estado Democrático de Direito. Logo, a incitação de ódio contra qualquer grupo social não estaria protegida pela cláusula constitucional de proteção à liberdade de expressão. Portanto, não se vislumbra que haja qualquer ofensa à liberdade religiosa ao adotar medidas de proteção às dissidências sexuais (Brasil, 2019).

Para Celso de Mello, liberdade de manifestação de pensamento e de religião não se constituem como meios legitimadores para exteriorização de discursos de ódio. Conclui abordando que os postulados de igualdade e de dignidade pessoal constituem como limitadores da liberdade de expressão, afirmando ser necessária uma convivência harmônica

entre os dois pilares constitucionais. Nesse contexto, o Relator, mesmo sutilmente, aborda uma grande questão na sociedade brasileira no que tange à LGBTQIA+fobia institucionalidade por entidades religiosas.

“O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares.” (Brasil, 2019, p. 85)

“O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos manifestados por grupos confessionais, tem-se mostrado infenso, nesse tema específico, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora , o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários (Brasil, 2019, p. 177).

Por fim, o Relator, em diversas vezes durante a narrativa de seu voto, reforça o exercício da função contramajoritária exercida pelo STF, haja vista ser o órgão do judiciário brasileiro investido de poder e responsabilidade institucional para proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria. O Ministro explicita que a Corte Constitucional vem desempenhando um papel de oposição à maioria em casos de clara violação de mandamentos constitucionais para legitimação do Estado Democrático de Direito, utilizando como precedente julgamentos do STF, como a ADI 4.277/DF (Brasil, 2019).

“Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica” (Brasil, 2019, p. 177)

Celso de Mello enfatiza que mesmo que o princípio majoritário desempenhe um importante papel no processo decisório democrático, este não pode legitimar a supressão e frustração de direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF como o guardião constitucional, deve impedir que em razões de mera convivência de grupos sociais haja uma deformação do significado da Constituição de 88. Logo, para o Relator, não há uma indevida atuação do poder judiciário, pois a Corte Constitucional tem o dever institucional de pôr em prática os mandamentos da Carta Magna. Por fim, o Ministro expressa o perigo de se criar uma

Constituição e não a concretizar, de modo que para a legitimação do Estado Democrático de Direito necessário se faz a proteção dos direitos de minorias (Brasil, 2019).

“Nesse passo, o Poder Judiciário assume sua mais importante função: a de atuar como poder contramajoritário; de proteger as minorias contra imposições dezarrazoadas ou indignas das maiorias. Ao assegurar à parcela minoritária da população o direito de não se submeter à maioria, o Poder Judiciário revela sua verdadeira força no equilíbrio entre os poderes e na função como garante dos direitos fundamentais” (Brasil, 2019, p. 179)

Como anteriormente apontado, os argumentos elaborados pelo Ministro em sua grande maioria integraram à ementa da ADO n.º 26. O Acórdão com a extensão de 8 páginas tem como principais pontos: (a) as práticas homotransfóbicas que configuram atos delituosos passíveis de repressão penal por traduzir expressões de racismo; (b) ninguém pode ser privado de direitos por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero; (c) o racismo não se resume a aspectos estritamente fenotípicos, devendo ser considerado suas dimensões sociais; (d) a repressão penal à prática de LGBTQIA+fobia não restringe o exercício de liberdade religiosa; (e) a tolerância como expressão da harmonia na diferença para respeito da diversidade das pessoas e (f) o reconhecimento da mora legislativa na implementação de ordens constitucionais para legislar e a legitimidade da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para concretização dos direitos frustrados (Brasil, 2019). Por fim, por maioria, se fixaram três teses:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;
3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação

política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito” (Brasil, 2019, p. 12).

Em conclusão, o Estado tenta, com uma relação jurídica, resolver as problemáticas da população LGBTQIA+. Entretanto, a decisão em diversas partes se mostra excludente, mantendo a abjeção dos corpos, não rompendo com a hierarquia colonial dos poderes, reforçando o binarismo heteronormativo (Santana; Ávila; Matos, 2024). Indubitavelmente, a decisão do STF desempenhou um papel no enfrentamento à violência contra a população LGBTQIA+, porém, é imprescindível refletir em seus desdobramentos sociais e na sua efetividade, acerca de uma possibilidade de avanço para além de uma mera vitória inicial simbólica.

4 O DIREITO PENAL SIMBÓLICO — UMA LEGISLAÇÃO-ÁLIBI

Antes de abordar especificamente sobre o Direito Penal Simbólico e suas impressões na sociedade brasileira, necessário se faz entender o papel do Direito Penal e sua função social. O Direito, em geral, toma para si a função de dinamizar e normatizar as compreensões de vida geradas por outras áreas de conhecimento, problematizando raramente o sujeito de uma forma mais profunda. Desse modo, a noção de que somente uma mudança normativa provocará uma alteração nos processos de sujeição tende a ser uma falácia, visto que a complexidade de vivências não consegue ser abarcada como um todo pelo Direito atual, permeado pelos entendimentos liberais e capitalistas (Pelt, 2022).

Nesse contexto, o Direito Penal se encontra como um ramo desigual por excelência, ao contrário do mito da igualdade permeado pelas normas jurídicas brasileiras (Baratta, 2002). Para Piccoli (2020), em estudo de Juarez Cirino dos Santos, a função real do sistema penal é auxiliar na manutenção da conformação social que, em um sistema capitalista, se traduz na conservação das classes sociais. Em uma sociedade pautada em relações formadas em uma estrutura capitalista, todas as instituições de controle político e jurídico do Estado devem ser estudadas sob uma perspectiva da luta de classes e seus antagonismos, inclusive o Direito Penal. Portanto, entender os reais objetivos de uma repressão penal é entender o significado político deste setor do ordenamento na estratégia de controle social (Piccoli, 2020).

Miguel Reale (2020) descreve que ao editar uma lei penal, o legislador necessita compreender qual valor será tutelado pela norma, analisando o contexto histórico-cultural de

sua elaboração e os valores essenciais à sociedade da época. Nesse sentido, a violação ínfima de um valor jurídico deveria ser tratado primariamente por outras áreas do Direito, reservando ao Direito Penal a última tentativa de resolução, *ultima ratio*. Em uma visão tradicional crítica do ramo do sistema penal, Nasser (2023) categoriza que as teorias passam fundamentalmente pelo entendimento que cabe ao Direito Penal o reforço dos valores éticos-sociais da sociedade, a confirmação de um reconhecimento normativo e a proteção dos bens jurídicos.

Nos estudos de Eugenio Zaffaroni (2014), observa-se que o Direito Penal não tem como função principal a proteção dos bens jurídicos ou das vítimas potenciais. Pelo contrário, o autor argumenta que o sistema penal se dedica a resguardar os bens jurídicos dos cidadãos diante do avanço constante da repressão punitiva, fundamentando sua visão na chamada “teoria negativa do poder punitivo”. Dessa forma, para Zaffaroni, a legitimidade do Direito Penal estaria condicionada à sua capacidade de enfrentar os desafios decorrentes da expansão do poder punitivo.

Por sua vez, em sua análise, Juarez Cirino dos Santos (2006) argumenta que, embora se considere que a principal função do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, essa proteção não ocorre de forma igualitária. Pelo contrário, o sistema penal opera de maneira seletiva, diferenciando as pessoas com base em suas classes sociais. Dessa forma, ele privilegia os interesses da classe dominante sob a aparência de uma proteção universal, perpetuando a estigmatização e o controle social das camadas mais vulneráveis. O Direito Penal reflete um sistema de valores predominantemente da cultura burguesa, com ênfase no patrimônio privado e atingindo majoritariamente os grupos marginalizados (Baratta, 2002).

Por fim, Baratta (2002), entende que o Direito Penal seleciona os valores e os modelos de comportamento conforme os grupos sociais com peso relevante para os legisladores, por vezes, negando direitos a certos agrupamentos enquanto valoriza outros setores sociais. Nesse sentido, o autor afirma que existe uma relatividade no sistema de valores tutelados pelo Direito Penal, enquanto ciência que depende do contexto histórico em que se encontra e das relações sociais de produção e antagonismos entre grupos sociais (Baratta, 2002).

Adiante, necessário se faz entender a operacionalização do sistema penal em um esforço coercitivo estatal. Diante da ocorrência de um delito, as soluções desenvolvidas pelo Direito Penal consistem em duas bases (a) retribuir na forma de um “mal legítimo” operado pelo Estado contra o autor do crime para restabelecer a justiça, “compensando” o mal causado em uma espécie de vingança e (b) prevenir o delito, compreendendo a dimensão da prevenção geral com a acepção negativa pela intimidação dos integrantes da sociedade pela punição

estatal e pela concepção positiva para proteção dos bens jurídicos selecionados, tanto quanto a dimensão da prevenção especial com o entendimento negativo de conter o agressor pela execução penal e positivo pela correção do infrator em um eufemismo da ressocialização (Piccoli, 2020).

Seguindo o ideal de que a violação de uma norma de comportamento geraria uma imposição de uma pena aflictiva pelo Estado, a teoria retributiva afirma que a reprovação social de um comportamento tem por consequência uma punição. Sob uma justificção de proteção da sociedade, a teoria da pena surge como uma forma de legitimar as ações institucionais punitivas e autoritárias estatais (Manoel, 2021).

Em outro aspecto, a teoria preventiva da pena apresenta a pena como um mal necessário, pois, não sendo um mero instrumento de realização de justiça, é um modo de efetivar teoricamente a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Desse modo, a imposição de sanção penal se transformaria na “teoria da ameaça penal”, como apelidado por Roxin (1997⁵⁴ *apud.* Manoel, 2021), pela coação psicológica cujo fim seria fazer com que a comunidade se abstinhasse de cometer delitos. Por fim, Manoel (2021), em sua pesquisa baseada nos conceitos de Mir Puig, afirma que a teoria da prevenção penal positiva não visa transformar os autores de delito, nem intimidar a coletividade, mas utilizar a pena como uma forma pedagógica para reafirmar e fortalecer o sistema social. Assim, a pena não visaria impor ao delinquente uma consequência por cometer um crime, visto que configuraria um fim em si, mas teria por finalidade que ele não cometa um delito novamente (Manoel, 2021).

Entretanto, é ingênuo achar que medidas penais sejam significativamente efetivas em casos de violências estruturais, sendo certo que, na realidade, elas visam somente dar uma resposta repressiva a um problema de variadas causas (Dos Anjos, 2006). Especialmente se considerado que o sistema penal deve ser a *ultima ratio*⁵⁵ do ordenamento jurídico, somente atuando em situações que os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de dar uma tutela adequada. Logo, ao criar uma lei penal em razão de pressão popular, o princípio da intervenção mínima é violado, pois outros ramos normativos poderiam tentar a solução da problemática por meio de políticas públicas (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018).

O Direito Penal, no entendimento de Dos Santos, Santana e Pereira, (2018) e em frontal embate com a teoria relativa da pena, não opera na prevenção e resolutividade de

⁵⁴ ROXIN, Claus. Derecho penal: fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.

⁵⁵ "Última ratio" é uma expressão latina que significa "última razão" ou "último recurso". No contexto jurídico, especialmente no direito penal, refere-se ao princípio de que a lei penal só deve ser aplicada como último recurso.

problemas sociais, visto ser tarefa inerente ao estudo de políticas públicas. Entretanto, a racionalidade penal naturaliza a estrutura punitiva como forma de resolução de conflitos entre partes, determinando ao Estado a função de regulamentar as condutas danosas à sociedade. Porém, há uma falha evidente na tentativa de proteção dos bens jurídicos (Manoel, 2021).

O poder punitivo passa a usar o processo de criminalização como elemento de estabilização social na tentativa de atender às expectativas da população (Nasser, 2023). Entretanto, acreditar que o poder normativo poderá solucionar todas as pautas da população LGBTQIA+ é um equívoco, visto que, em sendo um assunto polêmico, há sempre uma resistência grande a qualquer medida a favor das minorias, contribuindo para polarização de opiniões (Pedra, 2018). Há de se questionar se existe uma solução simplista para um problema concreto com bases históricas. Nesse sentido, a repressão penal que deveria operar em *ultima ratio* não consegue conter a problemática sistêmica de violências contra populações minoritárias se exaurindo na semântica simbólica.

Superada a contextualização sobre Direito Penal, a próxima etapa consistirá na apresentação do conceito do Direito Penal Simbólico, utilizando como referência primária o entendimento de Marcelo Neves e Kindermann⁵⁶ (*apud.* Neves, 1998), sendo complementada pelos estudos de Baratta (1994). Serão utilizados os referenciais teóricos dos autores para análise das causas do uso da semântica simbólica e a aplicação dos conceitos apresentados quanto a ADO n.º 26 e a criminalização da LGBTQIA+fobia.

Neves (1998) aponta que o Direito positivo possui duas funções principais: instrumental e simbólica. Nesse contexto, a instrumentalidade normativa se conceitua, geralmente, pela aceção de que a lei constitui um meio insuperável para alcançar determinados fins desejados pelo legislador, em especial quanto à mudança social. Porém, tal noção para o autor se mostra simplista e ilusória. Em um primeiro ponto, leis não são feitas para causar mudanças, por vezes servem para codificar normas já reconhecidas. Além disso, o meio social de construção do ordenamento jurídico é demasiadamente complexo. Portanto, a legislação não é um meio seguro de controle social, principalmente, ao se levar em conta os aumentos dos encargos destinados ao poder público devido ao Estado Democrático de Direito, o que leva a diminuição da efetividade do direito (Neves, 1998).

⁵⁶ Kindermann, Harold (1988) “Symbolische Gesetzgebung” in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik* (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung”, in Rudinger Voigt (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

Já a legislação simbólica não se trata de meramente um contraponto à legislação instrumental, mas uma alternativa para direção normativa da conduta. Em se considerando o legislativo como um ponto de convergência entre política e a atividade jurídica, a legislação simbólica se apresenta como uma produção textual cuja finalidade primária não é especificamente normativa-jurídica (Neves, 1998). Para Neves (1998) os atos políticos, que acompanham esse posicionamento do legislador, simbolizam uma posição de harmonização social e redução de tensões.

Cumprе salientar que não se pode superestimar a função instrumental, sob pena de criar uma ilusão da capacidade de dirigir-se normativamente os comportamentos, logo, não se pode supervalorizar o caráter simbólico, visto o risco de se impossibilitar a distinção da materialidade do meio jurídico. Uma legislação nem sempre terá uma função simbólica ressaltada, muitas vezes, a instrumentalidade da norma se mostra como o ponto mais relevante. Entretanto, quando um texto normativo é formulado sem qualquer pretensão de criar uma pressuposta eficácia, há claros indícios de uma legislação simbólica (Neves, 1998).

O conteúdo de uma norma simbólica pode se apresentar de três formas: (a) conformação de valores sociais; (b) adiamento de solução de conflitos sociais e (c) demonstração da capacidade de ação do Estado (Neves, 1998). Neste trabalho, será abordado com maior profundidade a terceira categoria, porém necessária se faz uma breve explicação das primeiras.

A função de afirmação de valores revela a busca por reconhecimento social e predominância de concepções sociais de determinados grupos. Desse modo, há uma influência no processo de formulação de leis, visando a formalização de valores, seja por meio da proibição de condutas divergentes ou da imposição de comportamentos alinhados aos seus padrões. Logo, a vitória legislativa é vista como um reconhecimento da superioridade do agrupamento social, não necessariamente se traduzindo em eficácia normativa. Essa dinâmica evidencia o âmbito legislativo como um ambiente de extrema disputa, em que valores são afirmados ou marginalizados (Kindermann⁵⁷ *apud*. Neves, 1998).

Já a legislação como um compromisso dilatatório surge quando as divergências sociais não conseguem ser resolvidas, em consequência, há a utilização de leis ineficazes para adiar a resolução do conflito para um futuro incerto. Assim, a harmonização entre as partes não se

⁵⁷ Kindermann, Harold (1988) "Symbolische Gesetzgebung" in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) "Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung", in Rudinger Voigt (org.), Symbole der Politik, Politik der Symbole, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

baseia no conteúdo da lei, mas sim na expectativa de que ela não terá efeitos práticos, permitindo que os grupos políticos envolvidos evitem o confronto direto e satisfaçam seus eleitores com a aparência de que estão tomando medidas para solucionar o problema (Kindermann⁵⁸ *apud.* Neves, 1998).

Por fim, a legislação simbólica para fortalecer a confiança do cidadão no Estado se apresenta pela elaboração de leis para satisfazer as expectativas da população exaltada, mesmo sem condições de efetivá-las. Essa atitude, denominada de “legislação-álibi” por Kindermann⁵⁹ (*apud.* Neves, 1998), visa descarregar pressões políticas e apresentar o Estado como sensível às demandas dos cidadãos. Ocorre que a elaboração de normativas de forma rápida para reagir a problemas sociais acaba por criar legislações nas quais a solução efetiva seja improvável. Um exemplo característico é a discussão sobre a ampliação do sistema penal como um álibi, visto que a problemática da criminalidade não decorre de falta de lei, mas sim das condições sócio econômicas e políticas para efetivação da legislação já existente (Kindermann⁶⁰ *apud.* Neves, 1998).

Nesse sentido, a legislação-álibi representa uma tentativa de aparente resolução de problemáticas sociais com a pretensão de convencer a sociedade que o legislador está agindo com boas intenções e em resposta às demandas da população. No entanto, essa estratégia não apenas deixa os problemas sem solução, como também impede que outras alternativas sejam desenvolvidas. Outrossim, guiado por uma crença instrumentalista da legislação, se tem a falsa noção de que as leis irão resolver e modificar a realidade positivamente, entretanto se ignora as diversas variáveis não normativo-jurídicas que também influenciam o comportamento social (Kindermann⁶¹ *apud.* Neves, 1998).

Portanto, a legislação-álibi busca criar a imagem de um Estado que se preocupa com as questões sociais, sem, contudo, regulamentar efetivamente os comportamentos sociais. Tal prática pode ser vista como uma forma de manipulação que impede o sistema político de buscar soluções reais, desempenhando uma função ideológica. Essa estratégia pode gerar um sentimento coletivo de bem-estar e fortalecer a lealdade das massas. Contudo, seu uso excessivo leva à descrença no sistema jurídico e à percepção de que o Direito não regula a conduta social, resultando em descrédito dos atores políticos. Em síntese, a legislação-álibi

⁵⁸ Kindermann, Harold (1988) “Symbolische Gesetzgebung” in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung”, in Rudinger Voigt (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Ibidem

tem como função descarregar o sistema político de pressões sociais, constituindo um respaldo de confiança nas instituições estatais (Kindermann⁶² *apud.* Neves, 1998).

Acrescenta-se que a legislação simbólica se caracteriza pela substancial ineficácia e inefetividade normativa, ou seja, a relação entre a norma primária e a norma secundária não se concretiza na realidade, não atingindo os fins esperados pela sociedade. Uma normativa eficaz, regularmente observada, executada e aplicada, embora inefetiva, não constitui para Kindermann⁶³ (*apud.* Neves, 1998) uma legislação simbólica. Assim, é imprescindível se questionar a quota mensurável de ineficiência para que se possa considerar uma legislação hipertroficamente simbólica. Dessarte, Neves (1998) entende que a resposta para o questionamento se encontra no problema da falta de vigência social da norma, ou seja, na capacidade da normativa de interferir no comportamento social, no âmbito da vivência, e assegurar expectativas normativas, ponto que será abordado mais adiante no capítulo.

Adiante, em uma perspectiva guiada por Alessandro Baratta (1994), a teoria da função simbólica do Direito Penal, denominada de teoria da prevenção punitiva geral positiva, tem como propósito a expressão dos valores assumidos pelo ordenamento jurídico e afirmação da validade das normas. Para Baratta (1994) o Direito possui uma distinção clara entre as funções intra e extra-sistemática do conceito de bem jurídico no Direito Penal. Nesse sentido, a primeira categoria se relaciona com a interpretação e aplicação das normas penais, considerando a duplicação da antijuridicidade, ou seja, a violação formal da norma e a lesão material ao interesse protegido, ambas necessárias para a configuração da responsabilidade penal. Por sua vez, a função extra-sistemática atua como critério de avaliação do sistema penal e da política criminal, admitindo que o legislador deixe de tutelar interesses dignos de proteção (Baratta, 1994).

Ademais, o autor aponta haver inversão conceitual entre setores especializados da função pública que ao invés de priorizar e definir instrumentos adequados para lidar com problemas da esfera social visa a identificação dos impasses passíveis de “solução” pelo Direito Penal. Essa abordagem revela uma perda do caráter geral do bem jurídico, criando uma crença de que os interesses protegidos penalmente são intrinsecamente superiores (Baratta, 1994).

⁶² Kindermann, Harold (1988) “Symbolische Gesetzgebung” in: Dieter Grimm e Werner Maihofer (orgs.), *Gesetzgebungstheorie and Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*, Opladen: Westdeutscher Verlag, p. 222-245 e Kindermann, Harald (1989) “Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung”, in Rudinger Voigt (org.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole*, Opladen: Leske + Budrich, p.257-273

⁶³ Ibidem

Outrossim, a perda do significado do bem jurídico é atrelada à extensão da tutela penal aos interesses difusos, mas também, como Baratta (1994) conceitua, pela administrativização do Direito Penal. Devido à crescente complexidade social e a demanda por ação estatal, a disciplina penal é demandada a intervir quando os mecanismos de controle próprios da administração do Estado se mostram insuficientes, suprimindo lacunas quando o comportamento do sujeito privado não é mais regulável pela ação administrativa. Nesse contexto, o Estado, como garantidor da certeza do direito, se torna responsável pela segurança dos bens, assim como administrador das relações sociais, necessita tomar respostas em situações de emergência, se tornando um Estado de prevenção (Baratta, 1994).

Assim sendo, o Direito Penal assume uma função da pena que não se dirige aos infratores e a punição de um delito, mas, sobretudo, se objetiva uma ação quanto aos cidadãos fiéis à lei. Portanto, há a assunção de funções que divergem da simples repressão de delitos (prevenção negativa), determinando um papel de reafirmação das normas (prevenção positiva) e restabelecendo uma confiança institucional. Dessa forma, o sistema penal não apenas sanciona condutas desviantes, mas reforça a legitimidade das normas dentro da sociedade em uma função predominantemente simbólica. Nesse sentido, o Direito Penal estaria declarando cumprir falsamente com as funções instrumentais, perseguindo, na realidade, as funções simbólicas (Baratta, 1994).

Com isto em mente, a defesa dos bens jurídicos não pode ser considerada uma função principal da norma penal. O sistema penal, portanto, não deve ser compreendido apenas como um instrumento de repressão, mas como um mecanismo de consolidação da moral e da ordem social. Nesse sentido, a pena funciona como uma forma de comunicação entre o Estado e a sociedade, transmitindo a ideia de que determinadas condutas são “inaceitáveis” (Baratta, 1994).

Desse modo, a função simbólica do Direito Penal se liga diretamente com a política criminal, sendo fortemente influenciada pela opinião pública e pelos meios de comunicação, principalmente, pela demanda por punições mais severas impulsionada por fatores externos, como a cobertura midiática e o clamor social por justiça. Assim, as decisões no âmbito penal nem sempre refletem uma necessidade concreta de maior repressão, mas um atendimento a um apelo popular que busca satisfazer expectativas sociais e legitimar o sistema jurídico perante a população (Baratta, 1994).

Portanto, as funções simbólicas no Direito Penal voltadas para a reafirmação da ordem jurídica e a busca por consenso social prevalecem sobre as funções instrumentais, ignorando o objetivo da prevenção e repressão de crimes. Essa estratégia cria uma ilusão de segurança,

enquanto a efetividade das normas continua limitada, uma vez que as infrações persistem e as instituições de controle enfrentam dificuldades em lidar com problemas estruturais. Via de consequência, as penas deixam de cumprir seu papel instrumental de resolução de conflitos e servem como mecanismo político para atender a opinião pública. Logo, as funções instrumentais da pena servem para mascarar a verdadeira face da função simbólica e política do poder punitivo, encobrindo a realidade da pena como violência institucional que serve a reprodução ideológica da desigualdade na sociedade (Baratta, 1994).

Expostos os conceitos teóricos utilizados como referência para análise do Direito Penal Simbólico, importante perpassar sobre dois momentos imprescindíveis sobre o conteúdo: o contexto social que gera a existência do Direito Penal Simbólico e a resposta do Estado frente a esta conjuntura. Neste cenário, é preciso de um contexto social propício para que haja uma resposta simbólica estatal, vez que, se não houver uma demanda popular por soluções emergenciais em uma conjuntura de tensão, o Estado não terá nenhuma motivação para atuar (Nasser, 2023).

A caracterização de um contexto favorável à criação do Direito Penal Simbólico perpassa por três pontos principais: (a) tensão social; (b) urgência e emergência popular, impondo uma rapidez na solução do problema e (c) demanda por resposta do Estado. Preliminarmente, a origem do Direito Penal Simbólico passa obrigatoriamente pela institucionalização do sentimento de insegurança na sociedade contemporânea. Em uma sociedade de riscos, alimentada pela mídia populista, se desenvolve uma sensação de insegurança subjetiva na qual a violência parece ser inviável (Nasser, 2023).

O populismo penal é um método midiático que se vale do senso comum para conquistar o apoio popular em torno da imposição de um rigor penal (Gomes, 2013). Este fenômeno supervaloriza o crime, transformando a criminalidade em um espetáculo e gerando uma emoção visceral e primária de medo na população. Desse modo, a população, seduzida pelo discurso, acaba por acreditar que a insegurança pública pode e deve ser resolvida por meio normativo (Caetano, 2016).

Em uma situação de crise de violência, parece natural que os indivíduos não esperem uma resposta de longo prazo, ainda que haja maior potencial de deslindar efetivamente a questão. O sentimento constante de medo e aflição, cria uma sensação contínua de pavor de modo que os indivíduos passam a não se sentir seguros no seu dia a dia. Não se ignora que os delitos são verdadeiramente alarmantes, contudo, a dramatização e repetição de notícias geram um receio que não corresponde à realidade objetiva. Nesse sentido, se busca, por parte da sociedade civil, uma resposta imediatista e legislativa, principalmente, voltada ao Direito

Penal, tendo em vista a ilusão criada de que todos os demais instrumentos públicos foram ineficazes (Nasser, 2023).

Diante deste cenário, cria-se um paradoxo nas pautas progressistas de movimentos sociais que, ao buscarem por seus interesses, exigem uma violação de direitos humanos do infrator mediante à aplicação de uma pena pelo Estado (Manoel, 2021). Colocando em foco a criminalização da LGBTQIA+fobia, as dissidências sexuais na procura de conceder direitos a população LGBTQIA+ voltaram-se para o sistema mais restritivo e excludente, na ilusão de que a interferência penal traria magicamente dignidade e a cessação do preconceito. Portanto, a pena e o Direito se encontraram em uma dicotomia na qual se foi posto como indispensável a degradação dos direitos humanos pelo Direito Penal para que se atingisse a proteção das garantias mínimas aos discentes sexuais (Rodrigues, 2020).

O resultado das mobilizações sociais se desenvolve por meio da demanda de respostas normativas ao invés de tentativas de métodos efetivos para resolver a problemática (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018). Um dos motivos pode-se inferir pela construção da Constituição Federal de 1988 que adotou uma forma prolixa e dirigente normatizando de maneira ampla a vida em sociedade de forma a garantir uma vivência digna aos cidadãos. Portanto, quando a sociedade se depara com uma afronta a temas constitucionalmente protegidos, é natural que a responsabilidade recaia exclusivamente ao Estado para resolução. Logo, a promessa por segurança do Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que traz vantagens à sociedade, produz uma demanda por atuação dos entes de regulação no sentido de garantir a mínima segurança e proteção (Nasser, 2023).

O dever de punir, como reafirmação da indignação com o ato violento, constitui ponto central do punitivismo, fazendo crer que a imposição de um castigo seria consequência natural de um delito e que não haveria nenhuma influência política nessa associação (Pires, 2004⁶⁴ *apud*. Rodrigues, 2020). Em síntese, em uma visão equivocada, tem-se que as leis penais concebidas como resposta à opinião pública são utilizadas sem se averiguar se são meio eficiente e adequado para resolução efetiva dos problemas denunciados (Nasser, 2023).

Assim, o objetivo da pena e do Direito Penal enquanto simbólico é apenas a produção na opinião pública de uma tranquilidade gerada por um legislador diligente, visto que a pena é vista como um mal que se impõe como castigo de um crime (Dos Anjos, 2006). A legislação simbólica busca dar uma resposta imediata à sociedade por meio de uma normativa que por

⁶⁴ PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, [s.l.], CEBRAP, n. 68, p. 39-60, Mar. 2004.

vezes não necessitaria de existir, uma vez que aquela mazela social poderia ser remediada por uma atuação do poder público de maneira eficaz (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018).

Adiante, necessário contextualizar a resposta do Estado frente ao contexto permissivo e incentivador do uso do Direito Penal Simbólico, sendo esta caracterizada por (a) uma resposta emergencial e ágil; (b) a majoração do poder punitivo tanto pela pena, quanto às políticas criminais e (c) uma ineficiência estrutural. Constatado um cenário de tensão popular, a sociedade civil exige do Estado uma solução imediata em razão da sensação de medo e pavor, resultando no abandono por parte dos representantes públicos da racionalidade, aprovando medidas penais em tempo recorde sem os devidos embates e gerando uma norma não aprimorada (Nasser, 2023).

O Estado, pressionado pela demanda popular por segurança, adota medidas penais mais severas como forma de demonstrar ação e gerar uma sensação de controle social. No entanto, há a criação de leis simbólicas com tipos penais irrelevantes ou desproporcionais, demonstrando a priorização por uma resposta ineficaz em detrimento de uma solução efetiva. O objetivo declarado é oferecer uma resposta à sensação de insegurança social, buscando aplacar a angústia gerada pela criminalidade (Nasser, 2023).

Levando em consideração a necessidade de um contexto social propício a uma resposta estatal, tem-se que o próprio Ministro Celso de Mello, relator da ADO n.º 26 normativa aqui considerada simbólica admite que a situação das dissidências sexuais no Brasil é alarmante, citando, como exemplo, o aumento de 30% no número de homicídios contra a população LGBTQIA+ em 2017 (Nasser, 2023). Logo, a criminalização da LGBTQIA+fobia serviria como uma estratégia política mais simples para suprir a demanda das dissidências sexuais, ao passo que criaria uma ilusão de proteção (Rodrigues, 2020).

A resposta do Estado frente ao contexto incentivador à atuação simbólica do Direito Penal é imprescindivelmente emergencial, logo, rápida, sem espaço para debates aprofundados, levando a uma ineficiência estrutural de qualquer medida adotada. Nesse contexto, a ADO n.º 26 foi proferida baseada na ânsia do Tribunal Superior em suprir a omissão legislativa e entregar uma resposta que entendiam como adequada frente às demandas da população LGBTQIA+. Em sentido análogo, a decisão do STF também reforçou o sentimento de majoração do poder punitivo da política criminal por transmitir a mensagem de que a repressão penal como primeiro ato de controle social. (Nasser, 2023).

Por fim, deve-se debater sobre a ineficácia estrutural da resposta penal apresentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº26 com a criminalização da LGBTQIA+fobia. Conforme já exposto, os votos dos Ministros, em especial o relator Celso de Mello,

delinearam a necessidade de resolução da omissão legislativa frente às agressões quanto à população dos dissidentes sexuais. Ocorre que, desde 2019 até o momento atual, os números da violência contra os indivíduos que se identificam como LGBTQIA+ foi incrementado (Nasser, 2023).

No Brasil, dados relativos à violência contra à população LGBTQIA+ possuem um enorme déficit de captação e publicização por parte do setor de Segurança Pública, ainda, a não-inclusão de categorias quanto à orientação sexual e identidade de gênero no Censo demonstra um apagamento de informações extremamente importantes (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020). Dessa forma, poucos são os estudos que focam exclusivamente na captação de dados referentes a população dos dissidentes sexuais. Logo, como forma de maior autoridade de informações, será utilizada a pesquisa do Anuário Brasileiro de Segurança Pública que foca em trazer dados concretos à realidade dos dissidentes sexuais. Ocorre que ainda há uma grande lacuna quanto a subnotificação de ocorrências de atos violentos e a falta de denúncia, porém, os dados revelam que a tipificação da conduta da LGBTQIA+fobia como racismo não gerou nenhum benefício para as potenciais vítimas em relação aos crimes violentos, sendo considerada minimamente uma medida estéril (Nasser, 2023).

Tabela 1 - Anuário Brasileiro de Segurança Pública

Ano/Crime	Homicídio doloso	Lesão corporal dolosa	Estupro
2018	109	713	83
2019	84	584	55
2020	167	1271	95
2021	176	2050	199
2022	151	3024	252
2023	214	3673	354

Fonte: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023.

Frisa-se que os números coletados a partir de 2020 possuem uma especial motivação de subnotificação devido ao advento da pandemia de COVID-19, cujos reflexos certamente impactam na diminuição da constatação da violência contra a população LGBTQIA+ em virtude da redução da mobilidade da população. Ademais, as campanhas de incentivo de ódio perpetradas pelo antigo presidente da República, Jair Bolsonaro, reduziram ainda mais o número de denúncia devido ao medo e instabilidade política no país (Manoel, 2021)

Assim, a partir dos conceitos teóricos e doutrinários expostos, corroborados com exposição da quantificação numérica de atos de violência contra a população LGBTQIA+,

constatou-se que o julgamento exarado na ADO n.º 26 se mostrou, em realidade, uma decisão que conduziu o Direito Penal Simbólico para o seio do Poder Judiciário. A decisão, além de contrariar os princípios da legalidade restrita e da vedação a interpretação extensivas, não se mostrou verdadeiramente eficaz ao longo do tempo. Dessa forma, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de suprir uma omissão legislativa, somente teve como objetivo o apaziguamento momentâneo da tensão social, sem a real pretensão de resolução da matéria, em um exemplo de uma legislação-álibi (Nasser, 2023). Válido pontuar que o próprio adjetivo “simbólico” já denuncia que não há nenhuma produção de efeito concreto, de modo que a normativa simbólica não interfere na origem estrutural e nos mecanismos produtores do problema social (Rodrigues, 2015).

Nesse sentido, as funções simbólicas da normativa proferida em 2019 se sobressaíram às funções instrumentais, visto que o foco da argumentação jurídica teve como destaque a confiança da população na Constituição Federal e nas instituições públicas em detrimento à proteção ao bem jurídico protegido (Manoel, 2021). Portanto, o STF agiu para declarar que estaria cumprindo com as funções instrumentais, quando, em realidade, somente efetivou a semântica simbólica para mascarar o fracasso e a carência de proteção dos bens jurídicos, pois nada foi feito para viabilizar a aplicação da norma no ordenamento jurídico brasileiro (Baratta, 1994). O simbolismo da pena tão somente tem a função de promover a cobertura ideológica da seletividade penal, não de transformar as relações sociais desiguais (Rodrigues, 2020).

O julgamento pela Suprema Corte é um retrato da nova faceta da racionalidade penal consistente na judicialização da opinião pública e da população pelo sistema penal (Manoel, 2021). Entretanto, Baratta (1994) afirma que enquanto não se achar uma alternativa para a política criminal, esta deve ser usada como intervenção mínima e ter o foco em investimentos em políticas públicas de defesa civil, social e cultural.

As normas penais são insuficientes para o combate efetivo da LGBTQIA+fobia, sendo que a própria realidade mostra que a impressão criada pela normativa é equivocada e que a violência contra os dissidentes sociais não se deu por encerrada (Dos Anjos, 2006). Além disso, a criação de diversas leis no âmbito penal acaba por gerar a banalização do próprio sistema criminal tornando-se ineficaz para o controle do delito, visto que o estabelecimento de uma lei não implica diretamente em seu cumprimento (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018).

Desse modo, Clark (2004⁶⁵ *apud*. Dos Santos, Santana, Pereira, 2018) afirma que o Direito não tem o poder de revolucionar, por si só somente refletindo as relações sociais e as

⁶⁵ CLARK, Giovani. O fetiche das leis. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 45, p. 175-181, 2004.

produções culturais, logo, se a base da sociedade se estrutura em conceitos capitalistas, patriarcais e homofóbicos, não como uma simples lei operar um milagre de transformação. Há uma falta de eficiência do poder público em sanar os problemas basilares da sociedade, diante desse cenário, o Estado se apropria da função simbólica do Direito Penal para apresentar a punição como solução primária e imediata para questões que fogem de sua competência (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018).

Ademais, é necessário se questionar que tipo de luta emancipatória seria possível imersa em um sistema penal que exclui e discrimina os dissidentes. A população LGBTQIA+ ganha a promessa de reparação da violência e sofrimento histórico, mas fica marcada e fragmentada pelas chagas da dor (Pelt, 2022). Como se pode confiar em ferramentas legitimadoras de mecanismos de perpetuação de desigualdade social para erradicar violências decorrentes das próprias opressões estruturais? O Estado burguês, antes de tudo, é uma tecnologia social historicamente localizada que produz meios para manutenção dos antagonismos de classe, inclusive e, principalmente, por meio do sistema penal (Mascaro, 2003⁶⁶ *apud*. Piccoli, 2020).

Por fim, em que se pese a importância da pauta de urgência do reconhecimento da luta contra à violência perpetrada em função da LGBTQIA+fobia, o que se tem constatado é uma tentativa de normalização da diversidade sexual segundo padrões heterossexuais e cisgêneros, em uma aceção assimilacionista. Cria-se um paradoxo entre enfrentar os problemas de controle social e a normatização do sujeito, gerando um efeito de reforço da ficção das identidades e enraizamento das diferenças que se busca superar (Pelt, 2022).

Não se nega que a ADO n.º 26 representa avanços em níveis sociais, demonstrando que a população LGBTQIA+ está conseguindo espaços de realização e afirmação de si. Porém é imprescindível que os alertas se mantenham acessíveis, principalmente no que tange a utilização de mecanismos simbólicos de ilusão. A tarefa crítica não pode ser cessada e não há de se fazer satisfeito com os encantamentos do sistema capitalista que sustenta as dominações e exclusões sociais (Pelt, 2022). Por mais que a normativa aprovada em 2019 represente um ganho, não se pode somente aceitar migalhas.

5 A INEFETIVIDADE DA ADO N.º 26 — AS BARREIRAS PARA SUA APLICAÇÃO

De início, cabe retomar a problemática sobre a operacionalidade do Direito Penal e sua suposta função de proteção dos bens jurídicos mais relevantes, sendo somente evocada em hipóteses em que outros métodos de coerção se mostrarem insuficientes (Piccoli, 2020). Nesse

⁶⁶ MASCARO, Alysson Leandro. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: QuartierLatin, 2003.

sentido, cabe trazer à baila que, como discutido no capítulo anterior, que a legítima nomeação da violência homotransfóbica não resolve o problema, devendo ser questionado os seus motivos. Cada espécie de delito tem a sua devida complexidade e táticas gerais abstratas para lidar com a sua resolução, é impossível pensar que a mesma estratégia de criminalização produza efeitos significativos na redução de hostilidades extremamente distintas. A possibilidade de redução de violência implica em uma complexa análise de cada situação-problema no seu contexto-social. A lei penal é apenas uma, e provavelmente a menos eficaz, das estratégias (Carvalho, 2014).

O STF não se eximiu de reconhecer a situação de emergência e vulnerabilidade dos indivíduos dissidentes sexuais, porém, a Corte não realizou nenhuma análise político-criminal sobre a real efetividade da criminalização das condutas discriminatórias, considerando a nomeação de um delito o suficiente para proteção da população LGBTQIA+. Os Ministros somente se preocuparam em elaborar teses que buscassem validar a intervenção da Suprema Corte na omissão legislativa (Rodrigues, 2020). Esqueceram-se de que o Direito Penal somente deve ser aplicado em *ultima ratio*, não sendo efetiva sua atuação com prevenção e resolução de problemáticas sociais, visto que inerente de outras áreas de administração do Estado (Dos Santos, Santana, Pereira, 2018).

Nesse contexto, a resposta oferecida pelo sistema penal é incompatível com a possibilidade real de satisfação de demandas democráticas, pois operacionalizado em uma estrutura de opressões de classe, raça e gênero (Picolli, 2020). Não se pode justificar a pena por discursos de caráter racional, como as teorias anteriormente citadas de prevenção e retribuição, ao haver uma inerente falência de propósito a não ser de causar dor.

A punição rompe com os valores nucleares da sociedade, como perdão e cooperação, sendo um ato praticado com a intenção de causar sofrimento a outros seres humanos em desarmonia com uma sociedade pacífica. A pena é utilizada e aceita mundialmente, mas, não obstante, tem um objetivo claro de causar sofrimento, sendo encoberto por um manto de prevenção. Em uma situação em que as pressões da sociedade vão na direção da expansão da justiça criminal e da quantidade de presos, necessário se faz uma contenção da amplificação do sistema penal. A punição, como o ápice de um entendimento de retribuição, deve ser a última alternativa e não a primeira (Christie, 2011).

Os debates de criminalização das opressões, especialmente quanto a LGBTQIA+fobia, ignoram propositalmente esse sentido da pena, buscando justificar a criação de delitos ou a intensificação das punições para as já tipificadas em nome do combate ao preconceito. Ocorre que a criminalização não previne, fosse assim, não existiriam mais condutas que se

adequassem aos tipos penais antigos, visto que indivíduos não evitam um certo comportamento simplesmente porque é um crime. A criminalização opera por uma série de controles em uma espécie de antecipação virtual do crime que somente funciona a partir de certas características de onde, quando e quem está propenso a cometer a um crime (Passos, 2014).

É questionável até que ponto o poder punitivo estatal, por meio da aplicação de uma punição, tem a capacidade de transformar a predominância do entendimento estrutural do binarismo, da heterossexualidade e do cissexismo, dado os altos índices de violência gerados a partir da estrutura heteronormativa compulsória da sociedade. Ainda, soa irrazoável apostar em mutações sociais significativas por meio de novos tipos penais, uma vez que os atentados contras as dissidências sexuais poderiam ser enquadrados em crimes já tipificados, como homicídio e lesão corporal, mas mesmo assim, a resposta penal tem se mostrado incompetente (Castilho; Borges, 2021).

Em realidade, o Direito Penal não consegue alcançar a função de conter a prática desses crimes, pois o delito, mesmo sendo uma construção legal, em sua gênese, contém inquestionáveis elementos extrajurídicos, como as variáveis políticas sociais que influenciam em seu cometimento. Ademais, há um imaginário social de que a pena representa uma retribuição, mas esse entendimento também pode ser questionado, pois jamais se conseguirá o equilíbrio entre o mal causado e o infligido (Cabette, 2017).

Não se pode utilizar o sistema penal como um instrumento de educação social, levando em conta que não se pode educar pela punição. Além disso, há uma impossibilidade de ressocializar quem nunca foi ensinado sobre preconceito por meio da pena. Quando se fala que a punição existe para educar, assume-se a ideia de que a pena por si tem caráter educativo, ou seja, que infligir dor poderá impelir o acusado de não praticar o mesmo ato. Pelo contrário, se opera na realidade, caso um agente não cometa outro delito por medo de ser punido novamente, ele não foi ensinado, meramente, está sendo intimidado e seus pensamentos por trás do crime continuam os mesmos. Saber que o ato praticado é errado não se trata de reeducação, uma vez que o indivíduo pode cometer um delito sabendo da sua existência e de sua consequência (Martinelli, 2013).

Adiante, é imprescindível apontar que o sistema penal é estruturado para atingir as partes mais vulneráveis da sociedade, e ele continuará a fazê-lo, inclusive com a criminalização da LGBTQIA+fobia (Passos, 2014). Além disso, a marginalidade como um produto necessário para o sistema capitalista criado pela própria estrutura de exclusão estrutural revela a artificialidade da ressocialização, pois, a princípio, não interessa a educação

dos infratores e sim sua exclusão (Cabette, 2017). A prisão, como solução punitiva para a maioria dos problemas sociais, em realidade se transformou em um local para de apagar as pessoas indesejáveis, se tornando uma zona de sumiço com uma falsa esperança de desaparecer com os problemas sociais latentes (Picolli, 2020).

Dessa forma, há uma reprodução de opressões dentro dos ambientes de detenção, visto que ao encarcerar pessoas que já exercem poder opressor em suas comunidades, o sistema carcerário autoriza inadvertidamente a disseminação dessas práticas dentro e fora de seus muros. Nesse sentido, em análise de pesquisas, Passos (2014) atesta que em presídios sob o controle do PCC detentos em relacionamentos homoafetivos são marcados distintivamente em seus recipientes de comida, remetendo práticas discriminatórias de campos de concentração. Portanto, mesmo para os defensores da prisão como um mal necessário, é crucial reconhecer que o encarceramento não é uma solução definitiva e isolada, pois, acreditando que os problemas se dissipam ao serem confinados atrás das grades, se negligencia que tais questões persistem e se amplificam, impactando tanto o ambiente carcerário, quanto a sociedade em geral (Passos, 2014).

Outra consequência do fenômeno da criminalização consiste no fato de que as concessões jurídicas para as demandas sociais sob a forma de normatização ofuscam os entendimentos dos movimentos sociais acerca de outras estratégias de resistência (Picolli, 2020). Por mais que as políticas de reconhecimento enfrentem em partes o problema de exclusão social, elas continuam produzindo sujeitos marginalizados e subalternização, por vezes, agravando a condição das pessoas em extratos vulneráveis. Em sistema perpassado por desigualdades estruturais, se constrói um esquema de exclusão dos que não conseguem ou não querem se adequar ao padrão de sujeição (Pelt, 2022).

Ainda que evidências apontem para, aparentemente, um apaziguamento social pela pequena concessão institucional como barganha em compensação ao descompromisso histórico do Estado perante os direitos da população LGBTQIA+, a estratégia de resolução da problemática por meio do Direito Penal propaganda pela ideologia punitivista se mostra ineficaz. Assim, a solução criminal oferecida não traz significativos benefícios ao combate a LGBTQIA+fobia, pois não enfrenta efetivamente o sistema de atribuição de condições subalternizantes enraizadas na sociedade, principalmente, porque se utiliza de um instrumento cuja operabilidade é baseada em opressão social (Picolli, 2020).

Mesmo que se deixe claro que certos atos são delitos e que merecem punição, é preciso perguntar se houve a satisfação da promessa por proteção. Ao criar um tipo penal, cria-se também uma sensação de dever cumprido, de vingança ou justiça, mas, ao mesmo

tempo, a discussão das ideias e dos interesses por trás do preconceito não foi efetivamente interrompida. Não é razoável achar que a punição influenciará no próximo infrator, já que a situação será diferente e as causas também. (Christie, 2011).

Adiante, antes de abordar os impedimentos e obstáculos da realidade brasileira para implementação da ADO n.º 26, necessário dar destaque ao conceito de efetividade para maior profundidade da discussão. A consonância entre a produção normativa e a aplicação de normas gerais não é o suficiente para que se caracterize a eficácia do Direito e a falta de observância ou da execução do mandamento jurídico pode quebrar a cadeia de concretização normativa (Neves, 1998).

A eficácia, em si, diz respeito à conformidade das condutas à norma, sendo que para sua análise exige distinguir entre observância (cumprimento voluntário) e imposição (execução coercitiva). A primeira se refere a conformidade da ação do indivíduo com a norma, enquanto a segunda prevê sanções para comportamentos contrários à lei. Nesse sentido, a avaliação da eficácia deve considerar a possibilidade de que nem a parte sancionada, nem os funcionários responsáveis pela execução ajam conforme a norma. O processo de concretização normativa enfrenta obstáculos quando o conteúdo de uma lei é rejeitado ou ignorado nas interações sociais, incluindo a inobservância das normas jurídicas, bem como o desuso ou abuso das normativas. A ineficácia ocorre quando nenhuma das duas formas de concretização da norma se verifica. (Neves, 1998).

Trazendo para a realidade brasileira, existe uma discrepância entre o discurso oficial promovido pela ADO n.º 26 e a operacionalidade concreta do sistema penal. É possível afirmar que a criminalização da LGBTQIA+fobia possui uma efetividade delimitada pelas próprias características do sistema penal, incluindo a seletividade dos autores e a segregação em relação às vítimas (Picolli, 2020).

Nesse contexto, baseado no “Relatório de Pesquisa de Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+” (Conselho Nacional de Justiça, 2022) e no estudo “LGBTIfobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização” (Bulgarelli, *et al.*, 2021) foram elencados obstáculos para a criminalização da LGBTQIA+fobia no Brasil, os quais foram selecionados para uma análise pormenorizada. A metodologia dos estudos foi feita pela análise de ações penais com extração de dados do sistema e pesquisa jurisprudencial. Além disso, um ponto-chave dos relatórios foi a entrevista com atores-chave, incluindo operadores do sistema de justiça e segurança pública e vítimas de LGBTfobia.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é a naturalização das situações de violência e violações de direito aos dissidentes sexuais, principalmente, quando há uma proximidade entre a vítima e o agressor. Sendo assim, poucas denúncias se convertem em processo de fato. (Conselho Nacional de Justiça, 2022). Ocorre que a sociedade brasileira foi formada por um pilar homotransfóbico, definindo um padrão binário como paradigma que implica na heterossexualidade e a cisgeneridade como normais e únicas opções possíveis (Flores, 2024). A violência, frequentemente naturalizada, não é reconhecida como agressão não apenas por quem a pratica, mas também por quem a sofre e ainda pelos canais de denúncia que deveriam coibir o preconceito (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Ademais, há uma descrença no retorno por parte do Estado e na possibilidade de reparação pela justiça da violência vivida. Mesmo entre os indivíduos que conseguiram efetivar a denúncia, as expectativas são baixas. Em uma entrevista dada, a pessoa entrevistada que conseguiu fazer prosseguir com o processo, retratou como “sorte” e que sua experiência é uma exceção. Ainda que seja um caso de “sucesso”, a vítima relatou diversas inseguranças ao longo da desenvoltura do procedimento judicial, afirmando que sua expectativa era que não fosse lograr sua pretensão (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

A situação de vulnerabilidade é maior quando se trata de pessoas trans e travestis, pois as respostas do Estado quanto ao preconceito transfóbico são ainda mais baixas. Para um membro da advocacia de Direitos Humanos entrevistado pelo CNJ, as decisões do Supremo quanto a população trans não tem efeito, diz que mesmo que a sociedade saiba que transfobia é crime, as pessoas não ficam intimidadas, ao ter a confiança que não vão sofrer qualquer tipo de represália ou punição por parte do Judiciário (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Além da dificuldade do acesso burocrático, um problema essencial se repousa nas condições materiais e subjetivas para processo de denúncia, em especial em contextos dependentes da rede pública de assistência. O custo financeiro, corroborado com o desgaste emocional, se torna um dos principais motivos para desistência do prosseguimento da ação. Nesse sentido, os marcadores de classe, raça, conhecimento e acesso a redes de suporte são pontos importantes de análise, visto que a partir das entrevistas do CNJ se percebeu que vítimas com maior suporte, apoio e recursos conseguiam prosseguir com o registro da violência sofrida (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Em sequência, outro ponto apontado pelo estudo do Conselho de Justiça é o não reconhecimento pelos mecanismos de justiça da violência homotransfóbica. A falta de acompanhamento técnico por falta de recursos, corroborada com a desconfiança e receio da revitimização, impedem diversos indivíduos que sofreram violência de procurar as

autoridades (Bulgarelli, *et al.*, 2021). O desconhecimento do procedimento de acesso à justiça, a falta de clareza do modo do funcionamento do judiciário e o vocabulário pitoresco do sistema de justiça se mostram um ambiente hostil para quem não tem acesso (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

O ambiente policial, em especial, se mostra uma grande barreira de entrada de denúncias, apresentando-se como principal ponto o medo, a vergonha, o receio das consequências e o pavor de sofrer novas violências no atendimento. Ademais, como o acesso ao conhecimento sobre a denúncia é dificultado, as vítimas da violência necessitam passar por uma espécie de peregrinação por uma diversidade de instituições até conseguirem formalizar sua demanda. Em um contexto em que a pessoa está fragilizada em função do preconceito sofrido, a desorientação de saber para onde e como se mover é desmotivante (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

A situação de vulnerabilidade é agravada quando, ao encontrarem o local de atendimento, sua violência não é reconhecida perante os canais de denúncia, especialmente em caso de pessoas trans e travestis, em que sua própria identidade é questionada. Não há um entendimento quanto às particularidades da violência perpetrada pelo preconceito homotransfóbico, nem ao menos o que é gênero e sexualidade. Em entrevista para o CNJ, uma jovem relata que fez alguns boletins de ocorrência pelo menos 4 (quatro) que nunca tiveram sucesso, para ela, o preconceito institucional é enraizado. Em outra entrevista, uma jovem relata que o local em que mais sofreu foi na delegacia, visto que os policiais se recusavam a fazer o boletim de ocorrência e cometiam violências verbais frequentes (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

A polícia é a porta de entrada do judiciário para o processo prosseguir é necessário que se registre a ocorrência e que haja a abertura do inquérito. Portanto, a polícia se apresenta como um filtro do que será apresentado socialmente como delito (Conselho Nacional de Justiça, 2022). Para Baratta (2002) o Direito Penal se apresenta como um sistema dinâmico de três mecanismos: produção de normas (criminalização primária), aplicação de normas, compreendendo os órgãos de investigação e culminando com o juízo (criminalização secundária) e a execução da pena ou medidas de segurança.

Nesse sentido, Picolli (2020) aponta para a atuação extremamente seletiva do sistema penal em todas as suas fases, revelando a sua função de promover a defesa da propriedade privada, e auxiliando na manutenção da conformação social. Cabe pontuar que o modelo de polícia adotado no Brasil é focado em um modo excessivo e ineficaz de combate ao tráfico de drogas, possuindo uma métrica de produtividade em torno das apreensões e presos

(Bulgarelli, *et al.*, 2021). As instituições públicas de segurança não se voltam para reconhecimento e combate da discriminação preventivamente, permanecendo essa função em segundo plano (Flores, 2024). Assim, as políticas de segurança pública voltadas para proteção de minorias possuem uma baixa efetividade seja pela atuação enviesada dos agentes estatais, seja pelo cenário racista e utilitarista do sistema penal (Bulgarelli, *et al.*, 2021).

O primeiro contato com o poder judiciário é, com frequência, descrito como revitimizador ao desqualificar, culpabilizar e deslegitimar as vítimas, ignorando os indícios do delito cometido (Conselho Nacional de Justiça, 2022). Assim, acompanhado por um histórico de desrespeito à identidade de gênero pelos policiais e mau atendimento aos dissidentes sexuais, há criação de uma barreira de acesso, pois se retira a eficácia da norma e impossibilita o prosseguimento do processo (Flores, 2024). Os relatos coletados pelo CNJ (2022) indicam uma forte resistência da polícia em reconhecer a LGBTQIA+fobia, visto que para os agentes não é considerada uma questão legítima de preocupação do Estado.

Importante pontuar que no contexto policial, na base da instituição, há a presença constante de elementos homotransfóbicos. Não por acaso, somente em 2006 foi revogado também por ação contramajoritária do STF o art. 235 do Código Penal Militar em que se configurava delito de pederastia praticar ou permitir o militar ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar. Entretanto, mesmo que regulamentado pela Corte Superior, às práticas discriminatórias pela presença de dissidentes sexuais na polícia ainda persistem como uma forma de afirmação do ideal de virilidade (França, 2016).

A socialização das forças armadas se baseia na assimilação entre a força e o combate, imbuído de ideais de masculinidade, cria expectativas sexistas e estereotipadas. Há uma exaltação do masculino que se traduz pela aversão à sensibilidade, à escuta e à diferença, estimulando a hostilidade perante pessoas que divergem do padrão esperado de gênero e sexualidade (Bulgarelli, *et al.*, 2021).

Nesse contexto, ações discriminatórias e desprezo a indivíduos LGBTQIA+ se tornaram parte da cultura da polícia brasileira, sendo reforçada nas academias de formação, nas quais os alunos se encontram em um ambiente de construção da mentalidade viril. Comportamentos atrelados aos dissidentes sexuais como trejeitos feminilizados são repudiados e tidos como não condizentes com a postura militar. Em entrevista para França (2016) um cadete afirma que a visão da homossexualidade é a pior possível, sendo estigmatizada pelos instrutores e colegas. Outro aluno relata que durante a aula inaugural do curso, o comandante afirmou que não relataria homossexuais na polícia (França, 2016).

Não surpreendente, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020) constatou que 24% (vinte e quatro por cento) dos assuntos mais compartilhados por policiais militares são postagens de conteúdos contrários a população LGBTQIA+, em que 92% (noventa e dois por cento) dos comentários dos posts vieram de profissionais de Praça da PM. Em comparação, apenas 5% (cinco por cento) dentre os assuntos mais compartilhados dos policiais civis eram contrários aos dissidentes sexuais (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2020).

A habilidade do Estado em garantir os direitos dos indivíduos que divergem de gênero e das minorias em geral não depende apenas da criação de uma norma legal formal, mas também da cultura organizacional institucional para absorver essas garantias. Embora o Supremo Tribunal tenha agido em prol da população LGBTQIA+, a sua efetividade esbarra na indisposição das instituições da administração pública, principalmente, pelo despreparo em reconhecer a homotransfobia e a resistência política dos agentes (Bulgarelli, *et al*, 2021).

Nesse sentido, é importante ressaltar o pouco acesso à capacitação, não havendo uma política de segurança pública em disponibilizar cursos de formação para os policiais atuarem conforme a pauta da diversidade, sendo eventos esporádicos e com adesão voluntária, dificultando o acesso e acolhimento das vítimas (Conselho Nacional de Justiça, 2022). O combate da LGBTQIA+fobia é um processo amplo dependente de mudanças estruturais, principalmente, na base da polícia, visto que a eficácia da medida de proteção aos dissidentes sexuais depende dos agentes e órgãos que, ao invés de acolherem a vítima, promovem a revitimização (Alves, 2021).

Ademais, os equipamentos policiais responsáveis pela investigação de delitos apresentam dificuldades para compreender as dimensões específicas da LGBTQIA+fobia e para reconhecer a motivação por trás da conduta delituosa. Sem que haja um treinamento específico sobre a natureza do preconceito contra os dissidentes sexuais, a criminalização se torna meramente simbólica, pois não ocorre um processamento adequado das denúncias (Bulgarelli, *et al*, 2021).

Após o primeiro atendimento da vítima de violência, outro grande desafio é a inserção correta do tipo de delito no sistema disponível público, há uma limitação operacional do tipo criminal no qual não há campo específico para apontar se o caso é de racismo ou LGBTQIA+fobia (Conselho Nacional de Justiça, 2022). Além disso, em uma situação concreta de violência conta a população LGBTQIA+ os atores do Direito Penal são incapazes de reconhecer o delito, visto que o discurso pautado na normalidade de gênero e sexualidade afeta a percepção dos crimes de discriminação (Piccoli, 2020). Ao nível institucional, não há

um regime unificado de implementação da decisão do STF, fazendo com que as vítimas fiquem à mercê da opinião dos operadores do sistema de justiça (Bulgarelli, *et al*, 2021).

Ademais, há uma ausência de esforços de nível nacional de sistematização de informações sobre crimes de discriminação e uma falta de padronização dos dados de segurança pública. A carência de articulação entre os estados federativos dificulta que a sociedade civil possa obter um diagnóstico nacional preciso da dimensão da violência perpetrada contra os dissidentes sexuais, assim como apontado no capítulo anterior (Bulgarelli, *et al*, 2021).

Adiante, é imprescindível abordar o aspecto subjetivo da denúncia, no qual a própria vítima se inibe de denunciar por um fator emocional de rejeição de si e cultural, baseado no pavor de rejeição social (Flores, 2024). Para Honneth (2003⁶⁷ *apud*. França, 2016), a luta por reconhecimento transcende as desigualdades econômicas, afligindo principalmente os conflitos morais nas dimensões familiar, jurídica e social, o que pode gerar, acaso atendidos, autoconfiança, baseada no amor familiar, autorrespeito com enfoque no exercício dos direitos perante a sociedade e autoestima enraizada na aceitação social. Contudo, essas dimensões externas não garantem autonomia plena para sujeitos homoafetivos inferiorizados, exigindo uma quarta dimensão: o reconhecimento de si.

Nesse contexto, se caracteriza o “duplo armário”, sendo vivência específica dos dissidentes sexuais e podendo ser apresentada das seguintes formas: (i) a autoculpabilização decorrente da homofobia internalizada; (ii) o medo de ser tirada do armário como mecanismo de manipulação e o receio de denunciar às autoridades por exposição da orientação sexual; (iii) o temor da dupla estigmatização pelo sistema judiciário, tanto como vítima de abuso quanto por sua orientação sexual; (iv) o medo da falta de apoio devido à identidade de gênero ou sexualidade e à hostilidade de agentes de poder; (v) a indisposição da comunidade LGBTQIA+ e familiares em auxiliar, e (vi) o não reconhecimento da violência de gênero sofrida (Vickers, 1996).

A decisão aventada pelo Supremo tem sua devida importância, entretanto, há um déficit de proteção, visto que, na prática, a aplicação dela é baixa. A eficácia da Lei n.º 7.716/89 que criminaliza o racismo já apresentava desafios em casos de discriminação por cor da pele tanto na segurança pública, quanto no sistema de justiça. Contudo, a equiparação da LGBTfobia ao racismo torna essa aplicação ainda mais complexa, especialmente pela necessidade e ausência de regulamentação da decisão que a estabeleceu no âmbito legislativo.

⁶⁷ HONNETH, Axel. luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003.

A complexidade dos delitos contra minorias evidenciam a necessidade de políticas públicas interligadas e combinadas, visto que a criminalização dos comportamentos não impacta diretamente na diminuição dos casos (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Para um comportamento ser considerado um delito, ele precisa desencadear uma reação social, perturbar a percepção habitual de rotina e suscitar indignação moral, irritação e sentimento de culpa. Nesse sentido, em uma análise do processo de etiquetamento no senso comum, para uma ação ser tida como desviante, ela precisa ser considerada moralmente violadora de uma norma (Baratta, 2002). Portanto, enquanto não houver um entendimento social da alarmante e preocupante violação contra os direitos da população LGBTQIA+, não haverá a implementação completa da normativa exarada pelo STF.

Nesse contexto, os entendimentos dos magistrados e de órgãos do sistema judiciário se mostram como um grande obstáculo à proteção dos dissidentes sexuais vítimas de LGBTQIA+fobia. Como exemplo, a Advocacia Geral da União, em época do governo do ex-presidente Jair Bolsonaro, compreendida entre 2018 e 2022, relativizava e contestava reiteradamente as decisões do Supremo. Os questionamentos da instituição serviram de base política para grupos que buscam invalidar a ADO n.º 26, pois se mostraram como um argumento de autoridade (Bulgarelli, *et al*, 2021).

Ademais, promotores de justiça e juízes apresentam resistência para reconhecer as violências homotransfóbicas por não concordarem com o dano e prejuízo alegado pela vítima, tendo em vista a complexidade e dificuldade das especificidades da natureza do delito perpetrado contra a população LGBTQIA+. Outro argumento utilizado para relativizar o crime de homotranfobia é a compreensão pelos magistrados de que o discurso de ódio se enquadraria como manifestação da liberdade de expressão e de religião, muito baseado na fundamentação da ADO n.º 26, deslegitimando a violência como mera opinião ou humor (Bulgarelli, *et al*, 2021). Por fim, há um quesito de dificuldade de identificação e comprovação dos fatos ocorridos, visto que por vezes a agressão não é explícita, causando obstáculos à obtenção de provas (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Nesse contexto, é raro que a agressão homotransfóbicas seja denunciada e transformada em um processo de fato, tendo em vista que existem poucas ações penais até o momento que caracterizam o ato criminoso. Logo, para além da criminalização, é preciso fazer mais, facilitando o acesso à justiça, com a disseminação de informações sobre o processo e possibilidade de denúncia e procedimentos burocráticos, oferecendo suporte durante o deslinde da problemática. Oferecer conhecimento às vítimas, lhes dará autonomia

sobre seus próprios corpos que já estão fragilizados, tornando menos suscetível a discricionariedade dos agentes de segurança (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Correlatamente, é imprescindível que se dê mais condições para o acesso e garantia dos direitos dos dissidentes sexuais, visto o descaso estatal quanto às pautas e necessidade de políticas públicas voltadas a diminuir a vulnerabilidade do grupo, alimentando os processos de normalização das agressões (Conselho Nacional de Justiça, 2022). Nesse sentido, a falta de disposição por parte do legislativo em proteger a população LGBTQIA+ tem dificultado constantemente o reconhecimento das agressões perpetradas em função do preconceito, pois, por mais que a homotransfobia seja considerada uma forma de racismo social, a Lei 7.716 não foi estruturada considerando as especificidades decorrentes desta forma de discriminação (Bulgarelli, et al., 2021).

Em adição, posicionamentos contramajoritários e progressistas do Supremo são absorvidos socialmente permeados de críticas e articulações por parte da sociedade e, conseqüentemente, do legislativo para mudar o entendimento adotado em um fenômeno denominado de *backlash* que se caracteriza pela intensa desaprovação pública e medidas agressivas de resistência (Souza, 2019). Para Corrales (2020), basta que um grupo contrário desenvolva novas políticas, estratégias e capacidade de lutar contra uma decisão para que haja um processo reacionário.

Em um sentido amplo, o *backlash* pode ser compreendido como uma reação social com o intento de hostilizar atos do poder público, usualmente, para conservar o *status quo* social (Fonteles, 2019). Sendo um fenômeno que combate decisões judiciais proferidas em relação a temas morais e politicamente sensíveis e podendo gerar reações ser diversas, abrangendo desde manifestações de descontentamento, como protestos e críticas em redes sociais, até medidas mais incisivas, como pedidos de impeachment de ministros e articulações legislativas visando reverter a decisão (Souza, 2019).

Para Marmelstein (2016) existem seis fases para ocorrência e operacionalidade do *backlash*, sendo elas: (i) o judiciário profere uma decisão liberal, em uma posição vanguardista de direitos humanos que é polêmica; (ii) como o entendimento social sobre o assunto não está consolidado, a decisão gera diversos discursos conservadores inflamados por falácias baseadas em apelo emocional; (iii) a crítica massiva gera uma mudança ou reforço da opinião pública, influenciando as escolhas eleitorais de parte da população; (iv) nesse sentido, a população é convencida e elege os representantes tradicionalistas, que ao adquirirem poder de decisão começam a propor e aprovar Projetos de Lei que refletem os discursos falaciosos; (v) com poder político, os grupos conservadores influenciam o poder judiciário, visto que

membros da alta cúpula são indicados, abrindo espaço para mudança de entendimento; (vi) ao fim, pode-se haver um retrocesso jurídico, criando uma situação normativa de regresso.

Nesse contexto, nos últimos dez anos, vem-se crescendo o posicionamento político voltado para a direita conservadora, em que há uma radicalização de discursos de manipulação de massas por meio de discursos falaciosos e utilizando de termos como ideologia de gênero e kit gay. Desse modo, as conquistas de direitos dos dissidentes sexuais são colocadas como uma ameaça à sociedade e aos direitos da família tradicional brasileira”, criando um ambiente hostil e incentivador de ódio para angariar votos aos candidatos conservadores (Aguida, 2023).

A partir dos anos 2000, o grupo conservador liderado por indivíduos que se posicionam como evangélicos representam a maior resistência às decisões judiciais progressistas, principalmente a conhecida “Bancada da Bíblia”, criada em 2015, que conta com 189 cadeiras no Congresso Nacional. Ademais, em 2014, o Brasil elegeu a casa dos representantes mais conservadores desde a redemocratização, situação que se repetiu nas eleições seguintes. Ainda, em intensa ofensiva contra os direitos dos dissidentes sexuais, inclusive nas Assembleias Estaduais, os parlamentares regionais apresentaram 122 Projetos de Lei explicitamente discriminatórios entre 2019 e 2022 nas casas legislativas dos entes federados (Aguida, 2023).

Um dos maiores exemplos de investida dentro do Congresso Nacional é o PL n.º 5.167/2009, de autoria do ex-deputado Capitão Assunção (PSB/ES), que visava a proibição do casamento entre pessoas de mesmo sexo em contrariedade ao posicionamento da Suprema Corte sobre o assunto. A aprovação do projeto, caso ocorra, representa um risco para a sociedade e para a população LGBTQIA+, uma vez que coloca em debate todos os direitos já reconhecidos pelo STF, além de ameaçar os princípios constitucionais do Estado de Direito e a segurança jurídica (Aguida, 2023).

Portanto, para existir um caminho para efetivação dos direitos humanos é imprescindível a promoção de diálogos interdisciplinares e interculturais de forma que haja espaço para surgimento de novos entendimentos (Araújo, 2021). Nesse sentido, para o enfrentamento das barreiras institucionais e efetivação das garantias de direitos dos dissidentes sexuais, o estudo “All Out” (Bulgarelli, et al., 2021) elencou certas medidas como: (i) reverter o cenário de falta de produção de dados governamentais sobre a população LGBTQIA+ no Brasil; (ii) adotar protocolos e procedimentos policiais de atendimento padronizados e adequados aos dissidentes sexuais; (iii) reconhecer campanhas de pressão popular que pressionam o Estado para efetivar os direitos garantidos constitucionalmente; (iv)

ampliar órgãos especializados em atendimento aos indivíduos homo e transsexuais; (v) capacitação do efetivo policial sobre o delito da LGBTQIA+fobia, tanto na formação quanto na promoção de carreira; (vi) padronizar os registros de ocorrência, incluindo campo de identificação de gênero e orientação sexual e (vii) promover constante conscientização social sobre as discriminações e violências contra a população LGBTQIA+.

Não se nega que qualquer mudança em sentido progressista é algo bom, visto que contribui para a liberação social dos dissidentes sexuais, entretanto, é preciso que se veja os processos de uma forma crítica. Nesse sentido, a criminalização da LGBTQIA+fobia se mostrou como uma plataforma política fácil de manobra para evasão de modos mais eficazes no contexto de luta. A implementação de políticas educativas voltadas, desde a infância, ao respeito as diferenças, ao combate ao ódio pela conscientização e limitação nas liberdades de expressão são medidas que levariam à desnecessidade de encarcerar o homofóbico, pois dirigidas à extinção da homofobia (Rodrigues, 2020). Problemas sociais enraizados devem ser resolvidos no ninho, ou seja, no fator causador do delito, de forma que a força educativa do Estado vá até o lar do criminoso (Martinelli, 2013). O Direito Penal, enquanto ferramenta do poder punitivo do Estado, tem a capacidade de punir, mas não tem aptidão para ensinar e mudar o pensamento de toda uma sociedade baseada em pensamentos homotransfóbicos.

6 CONCLUSÃO

Abordou-se neste trabalho, inicialmente, o contexto socio-histórico da construção da sociedade brasileira, que possui raízes coloniais e capitalistas, moldando a vivência das dissidências sexuais por um padrão heterossexual e cisgênero. Nesse sentido, foi explorado como esse processo afeta diretamente na construção do legislativo e como há uma omissão do Congresso Nacional em se tratando dos direitos da população LGBTQIA+ e que, para suprir essa negligência, há uma procura no Judiciário, especialmente no STF por seu papel contramajoritário, para garantia de direitos básicos fundamentais constitucionais.

Nesse contexto, foi analisada a ADO n.º 26, voltada principalmente no voto do Ministro Relator Celso de Mello, para entender as teses utilizadas para a decisão do Supremo Tribunal. Ainda, foi exposto o conceito de Direito Penal Simbólico e sua correlação com o julgamento de 2019 em que foi evidenciada a clara função simbólica da decisão do STF como forma de tentativa de aparente resolução de problemáticas sociais com a pretensão de convencer a sociedade que o legislador está agindo com boas intenções e em resposta às demandas da população.

Para prova da hipótese analisada, no último capítulo, foram expostos os obstáculos institucionais e sociais para implementação da criminalização da LGBTQIA+fobia operada pela ADO n.º 26. Nesse sentido, o Direito Penal, como instrumento de punição estatal, possui a capacidade de sancionar, mas não de transformar profundamente a mentalidade de uma sociedade imersa em preconceitos homotransfóbicos. A complexidade dos delitos e a necessidade de estratégias individualizadas para cada um tornam inviável a crença de que a criminalização isoladamente possa reduzir violências tão díspares. A diminuição da violência exige uma análise contextualizada de cada problema social, sendo a lei penal apenas uma, e possivelmente, a menos eficaz das ferramentas disponíveis (Carvalho, 2014).

É imperativo reconhecer que o legado histórico da cultura ocidental justifica o reconhecimento estatal da LGBTQIA+fobia para evidenciar a persistência da violência interpessoal alimentada por misoginia, racismo e homofobia. A história moldou um panorama no qual a discriminação se manifesta tanto em atos individuais, quanto em estruturas de poder, exigindo uma abordagem jurídica que considere essa realidade complexa e multifacetada. Entretanto, ao adotar o rito da criminalização, se estrutura uma política de combate fundada em um instrumento punitivo evidentemente homofóbico, misógino e racista (Carvalho, 2014). A estrutura penal visa assegurar a ordem social dominante, não tendo o objetivo de desfazer as relações de subjugação da população LGBTQIA+ e educar sobre a LGBTQIA+fobia (Rodrigues, 2020).

Vale ressaltar que o Direito Penal Simbólico não é, de fato, satisfatório, uma vez que problemas sociais estruturais dependem de medidas profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais). A criminalização da LGBTQIA+fobia é um começo, mas não pode e não deve ser o fim, pois imprescindível que o poder público e a sociedade brasileira concretizem as mudanças necessárias para edificar uma vivência mais justa para todos (Dos Anjos, 2006).

Por fim, é preciso lembrar que a luta por direitos é um processo contínuo e inacabado, a criminalização da LGBTQIA+fobia, por mais que encerrada em seu sentido simbólico, representa um avanço de direitos. Entretanto, outras medidas são necessárias para a erradicação do preconceito contra a identidade de gênero e sexualidade, visto que o sistema penal não atinge o cerne do problema, somente dá a sensação de resolução da problemática, enquanto a população LGBTQIA+ continua sofrendo violências e morrendo diariamente no cenário preconceituoso brasileiro.

REFERÊNCIAS

AGUIDA, Vinicius Prina. **Silêncio e opressão legislativa: Um estudo acerca da judicialização de direitos LGBTQIA+ e o backlash conservador no Congresso Nacional**. 2023. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/58f4b8ea-f9b5-42fa-baec-68c7ada31671/content>. Acesso em: 28 fev. 2025.

ALVES, Pedro. **“Combate à LGBTfobia depende de mudanças estruturais”, diz diretor de ONG. G1 DF**, [S. l.], 27 jun. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/06/27/dia-do-orgulho-gay-combate-a-lgbt-fobia-depender-de-mudancas-estruturais-diz-diretor-de-ong.ghtml>. Acesso em: 27 fev. 2025.

AQUINO, Ana Beatriz; ALMEIDA, Gustavo Mendes de; SALES, Rafael; LIMA, Nicole. **Entre avanços e retrocessos: as políticas LGBTs na América Latina. Observatório de Política Externa e da Inserção Internacional do Brasil**, [S. l.], 13 jul. 2021. Disponível em: <https://oieb.org/2021/07/10/entre-avancos-e-retrocessos-as-politicas-lgbts-na-america-latina/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

ARAÚJO, Gabriela Jorge. **Em busca de perspectivas contra-hegemônicas dos direitos humanos: uma análise da criminalização da LGBTFOBIA pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos da aplicação do sistema brasileiro de precedentes no reconhecimento de direitos fundamentais**. Vianna Sapiens, [S. l.], p. 334-357, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/729/392>. Acesso em: 25 jan. 2025.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal**, 2002. 256 p.

BARATTA, Alessandro. **Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S. l.], p. 5-24, 1 mar. 1994. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/478773079/Alessandro-Baratta-Funcoes-instrumentais-e-simbolicas-pdf>. Acesso em: 20 fev. 2025.

BARROS, Isis Negraes Mendes de. **Criminalização da homofobia e transfobia: análise do voto do relator ministro Celso De Mello na ação direta de inconstitucionalidade por omissão no 26 – ativismo judicial ou uso da função social da dogmática jurídica?**. 2020. 111 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2020.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011;

BRASIL, Ministério da Saúde. **Pesquisa Nacional de Saúde 2019**. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: <https://www.pns.iciet.fiocruz.br/wp-content/uploads/2021/12/liv101846.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2025.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADO 26. Íntegra da tese**. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2025

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno estabelecido pela Resolução n. 17, de 1989.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2011-2024.pdf>

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

BUNCHART, Maria Eugenia. **A ESTRUTURA LINGÜÍSTICA DO DISCURSO INERENTE AO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 26: UMA REFLEXÃO À LUZ DE FRASER, POST E SIEGEL.** Novos Estudos Jurídicos, [S. l.], p. 618-642, 1 dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17161/9743>. Acesso em: 5 fev. 2025.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A desmistificação do caráter da pena: a ineficácia do Direito Penal como fator de contenção da criminalidade.** Jusbrasil, [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-desmistificacao-do-carater-da-pena-a-ineficacia-do-direito-penal-como-fator-de-contencao-da-criminalidade/400376230>. Acesso em: 28 fev. 2025.

CAETANO, Filipe Ribeiro. **Espetacularização do Processo Penal e as consequências do Populismo Penal Midiático.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, [S. l.], 2016.

CARRIJO, Victória Cardoso. **A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: Uma análise da eficácia social da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, na garantia dos direitos às pessoas trans.** 2023. Trabalho de conclusão de curso (Bacharel em Direito) - Universidade Estadual de Goiás UEG, Câmpus Sudeste, UnU Morrinhos, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://repositorio.ueg.br/jspui/bitstream/riueg/1589/2/MG34%200014-2023%20-%20VICT%20C3%93RIA%20CARDOSO%20CARRIJO%20-%20TC%20Direito%202023.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2025.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer.** In: O DIREITO da Sociedade. [S. l.: s. n.], 2014. p. 257-283. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/36998838/Livro_SCHWARTZ__G_et_all_..._O_direito_da_sociedade-libre.pdf?1426542819=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DO_Direito_da_Sociedade.pdf&Expires=1738463920&Signature=C9SIIQEY~Bj40OldLMn7kw5Fcn8I3b7EwGSg7WU1AKH7yAzXdA7tnQjNM9IIQJCUeT3He286YAvLutkfGb~BP G8c3yU2-N7iGWegubqOb5W6QxxOWwNwX8OWkyUHQ6jwukhhPiLDmm0OvczMJ3WFyKQqyRmwyQMtQly9W6Jw6TSEtcCRL0txEXg5DvqAhUloXOQjdtO0gDX~kHQQZwde3Mf-7TC7892rYGS~ZekUpTjq-MfQYhJuxuCNrDzhPZKh02lYFAxLiCHcgQKoP6qoAerCBZlpm~gd0ZOMsEtoyGwlf-sesXorJCYfmWQmnyWN8DGCBGYJmWWpe7iP4nIg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=257. Acesso em: 6 fev. 2025.

CASTILHO, Bruno Medinilla de; BORGES, Paulo César Corrêa. **ENTRE A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA E A RESPONSABILIZAÇÃO NÃO-CRIMINAL**. Revista Vertentes do Direito, [S. l.], p. 410 - 445, 1 jan. 2021. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/11673/18704>. Acesso em: 28 fev.

CHRISTIE, N. **Uma razoável quantidade de crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RELATÓRIO DA PESQUISA DISCRIMINAÇÃO E VIOLÊNCIA CONTRA A POPULAÇÃO LGBTQIA+**. [S. l.: s. n.], 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contra-lgbtqia.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2025.

CORBO, Wallace. **Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude**. JOTA, [S. l.], p. 0-0, 27 maio 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude>. Acesso em: 6 fev. 2025.

CORRALES, Javier. **The expansion of LGBT rights in Latin America and the backlash**. In: **THE OXFORD Handbook of Global LGBT and sexual diversity politics**. [S. l.: s. n.], 2020. cap. 12. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=OyXTDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA185&dq=lgbt+rights+latin+america&ots=uIRxecbldp&sig=cLCsmFTHCJYih07DAUnr4sgDz9c&redir_esc=y#v=onepage&q=lgbt%20rights%20latin%20america&f=true. Acesso em: 27 jan. 2025.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição: Para além do império, das prisões e da tortura**. 6º. ed. atual. Rio de Janeiro: Difel, 2023.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. 9º. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Difel, 2023.

DOS SANTOS, Alexandre Candeia; SANTANA, Jaqueline Rosário; PEREIRA, Marla Luryan do Nascimento. **O FENÔMENO DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO: DAS MOBILIZAÇÕES SOCIAIS ÀS SUAS DERIVAÇÕES**. Revista Científica Semana Acadêmica, [S. l.], p. 1-14, 8 maio 2018. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/o-fenomeno-do-direito-penal-simbolico-das-mobilizacoes-sociais-suas-derivacoes>. Acesso em: 20 fev. 2025.

DOSSIÊ 2021 - **Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil**. [S. l.], 1 maio 2022. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2022/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2021-ACONTECE-ANTRA-ABGLT-1.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2025.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 3.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

Flávio Henrique.; PORCHAT, Patrícia. **Feminismo, identidade e gênero em Judith Butler: apontamentos a partir de “problemas de gênero”**. Doxa: Rev. Bras. Psicol. Educ., Araraquara, v.19, n.1, p. 51-61, jan./ jun. 2017. ISSN: 1413-2060.

FLORES, S. **A PROMESSA DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF ENQUANTO A OMISSÃO SE MANTÉM: POR QUE CONTINUA TÃO DIFÍCIL A PERSECUÇÃO CRIMINAL DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 1, n. 34, p. 118–138, 2024. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/615>. Acesso em: 28 fev. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. [S. l.: s. n.], 2018. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca%CC%A7a-Pu%CC%81blica-2018.pdf>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019**. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021**. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**. [S. l.: s. n.], 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. [S. l.: s. n.], 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, . **Política e Fé entre os policiais militares, civis e federais no Brasil**. [S. l.: s. n.], 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/pesquisa-politica-e-fe-entre-os-policiais-militares-civis-e-federais-do-brasil-0608.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **18º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024**. Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/handle/123456789/253>

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

FRANÇA, Fábio Gomes de. **“Hierarquia da invisibilidade”: preconceito e homofobia na formação policial militar**. Rev. bras. segur. pública, [S. l.], p. 154-170, 1 ago. 2016. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/700/244>. Acesso em: 28 fev. 2025.

GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013

GUIMARÃES, Caroline Alves Cardadeiro. **CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA:: a tensão entre direito penal simbólico e o reconhecimento de minoriais**. 2012. 62 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012.

HADDAD, Maria Irene Delbone; HADDAD, Rogério Delbone. **JUDITH BUTLER: PERFORMATIVIDADE, CONSTITUIÇÃO DE GÊNERO E TEORIA FEMINISTA**. V Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades, [S. l.], p. 1-8, 26 nov. 2017. Disponível em: <https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/30620>. Acesso em: 26 jan. 2025.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. **Omissão legislativa e atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal em relação às minorias sexuais**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 60, n. 240, p. 219-243, out./dez. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/240/ril_v60_n240_p219

LGBT MARKET STATISTICS. [S. l.], 1 maio 2013. Disponível em: <https://www.lgbt-capital.com/>. Acesso em: 14 mar. 2025.

MANOEL, Vinícius Oliveira Pinto. **Direito Penal Simbólico E A Criminalização Da Homotransfobia Pelo STF No Brasil: Análise dos efeitos concretos da decisão a partir de dados de mortes violentas contra a população LGBTQIA+**. 2021. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Sergipe, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/handle/riufs/15155>. Acesso em: 20 fev. 2025.

MARMELSTEIN, George. **Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial**. In: SEMINÁRIO ÍTALO-BRASILEIRO, 3. Bolonha, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Punir educando e educar punindo**. Jusbrasil, [S. l.], 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/punir-educando-e-educar-punindo/121938074>. Acesso em: 28 fev. 2025.

MENDES, André Pacheco Teixeira. **Direito Penal, Bem Jurídico e Saúde Pública: proteção ineficaz?**

Menezes, Sibylla Naoum. **Proteção Jurídica Dos Direitos Fundamentais Ante A Omissão Legislativa: Decisão Do Stf Na Ado 26**. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Escola de Direito e Administração Pública - EDAP, [S. l.], 2020. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/2819/1/TCC%20_SIBYLLA%20NAOUM%20MENEZES%20_DIREITO_2020.pdf. Acesso em: 5 fev. 2025.

MOREIRA, Felipe Natil Martins. **O STF E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA uma análise argumentativa sobre a ADO 26**. 2019. Monografia (Graduação) - Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2020/03/FelipeNatil.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2025.

NASSER, Luis Felipe Echeverria. **DIREITO PENAL SIMBÓLICO NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DA DECISÃO EXARADA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**. 2023. Dissertação (Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito) - Centro Universitário Internacional – UNINTER, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/1480>. Acesso em: 20 fev. 2025.

NETO, José da Silva Oliveira. **RELAÇÕES ENTRE COLONIALIDADE E HOMOFOBIA INTERNALIZADA: UM ESTUDO COM JOVENS UNIVERSITÁRIOS BRASILEIROS**. 2021. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Psicologia do Programa de Pós-Graduação (Mestre em Psicologia) - Universidade Federal do Ceará, [S. l.], 2022. Disponível em:

https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/65270/3/2022_dis_jsoliveiraneto.pdf. Acesso em: 25 jan. 2025.

NEVES, Marcelo. **A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA**. São Paulo: [s. n.], 1994.

NINA BERNARDES, Márcia; IMBELLONI BRAGA ALBUQUERQUE, Mariana. **Problemas de gênero na jurisprudência brasileira: (Des)fazendo a Lei Maria da Penha**. Direito, Estado e Sociedade, [s. l.], n. 55, p. 231 - 256, 1 dez. 2019. DOI: 10.17808/des.55.1340 Acesso em: 8 abr. 2023.

OBSERVATÓRIO DE MORTES E VIOLÊNCIAS LGBTI+ NO BRASIL, . **Mortes e violências contra LGBTI+ no Brasil: Dossiê 2022** /. Acontece Arte e Política LGBTI+; ANTRA; ABGLT, [S. l.], p. 1-73, 1 maio 2023. Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/wp-content/uploads/2023/05/Dossie-de-Mortes-e-Violencias-Contra-LGBTI-no-Brasil-2022-ACONTECE-ANTRA-ABGLT.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2025.

PASSOS, Aline et al. **Criminalização das opressões: a que estamos sendo levados a servir?**. [S. l.], 23 jan. 2014. Disponível em: <https://revistarever.wordpress.com/2014/01/23/criminalizacao-das-opressoes-a-que-estamos-sendo-levados-a-servir/>. Acesso em: 28 fev. 2

PEDRA, Caio Benevides. **DIREITOS LGBT**: 2018. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, [S. l.], 2018. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-BAMK3R/1/disserta__o_caio_pedra_vers_o_final.pdf. Acesso em: 25 jan. 2025

PELT, Eder van. **Encruzilhadas queer no direito**. [S. l.: s. n.], 2022.

PICCOLI, Lucas. **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA/TRANSFOBIA E O RACISMO ESTRUTURAL**. Revista Transgressões. 7. 119-136. 10.21680/2318-0277.2019v7n02ID18661, 2020

REALE JR., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020

RIBEIRO CAETANO, FILIPE. **Espetacularização do Processo Penal e as consequências do Populismo Penal Midiático**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, [S. l.], 2016.

RODRIGUES, Rafaella Grazini Capelin Ramos. **CRIMINALIZAÇÃO DA LGBT+FOBIA: 2020. Uma análise do julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733, pelo Supremo Tribunal Federal, sob as perspectivas constitucional-penal e criminológica crítica** (Bacharel em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, [S. l.], 2020. Disponível em:

<https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/3afacd7f-22a2-48ec-81a3-34885724046c/content>. Acesso em: 5 fev. 2025.

SANTANA, Y. S. DE .; ÁVILA, F. DE .; MATOS, D. C. V. DA S. **Tensões entre identidade e colonialidade no julgamento da ADI 4275/DF**. Revista Direito e Práxis, v. 15, n. 1, p. e66553, 2024.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: LED, 2002

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006

SILVA, Bruno. **A HOMOFOBIA E A LEI DO RACISMO: REFLEXÕES DE UM DISPOSITIVO ANTIDISCRIMINATÓRIO EM UMA SOCIEDADE MARCADA PELO PRECONCEITO**. Ministério Público do Estado da Bahia, [S. l.], 24 nov. 2022. Disponível em: <https://ceafpesquisa.mpba.mp.br/textos/a-homofobia-e-a-lei-do-racismo-reflexoes-de-um-dispositivo-antidiscriminatorio-em-uma-sociedade-marcada-pelo-preconceito/>. Acesso em: 27 jan. 2025.

SOUZA, Dângelo Saraiva de. **CONTRA-ATAQUE AO ATIVISMO JUDICIAL: O BACKLASH JURÍDICO NO BRASIL**. 2019. Projeto de Pesquisa (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13710/1/21496756.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2025

SOUZA, Greice Redlich de. **CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: possibilidade de utilização legítima da função simbólica do direito penal**. 2012. 75 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

TEIXEIRA, Carla Augusta de Souza. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 e Mandado de Injunção Nº 4733: Criminalização da Homofobia e Transfobia, um Diálogo Entre os Movimentos LGBTQI e o Poder Público**. 2019. Artigo científico (Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), [S. l.], 2019. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13724/1/21500456.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2025.

VICKERS, Lee. **The Second Closet: Domestic Violence in Lesbian and Gay Relationships: A Western Australian Perspective**. Murdoch University Electronic Journal of Law, v. 3, n. 4, Dezembro 1996. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MurdochUeJILaw/1996/37.html>. Acesso em: 8 abr. 2023

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.