



Estado brasileiro e normas internacionais: análise sobre a viabilidade ajuizamento da denúncia de homo-transfobia institucionalizada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia¹

Rainer Bomfim²

Universidade Federal de Ouro Preto

Resumo

O presente trabalho analisa as normas internacionais e os acordos internacionais de Direitos Humanos que o Estado Brasileiro faz parte para o ajuizamento de denúncia de demora injustificada na criminalização da homo-transfobia por parte do Estado Brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais que obrigam este a legislar e coibir formas de homo-transfobia no território nacional. Além disso, a Constituição da República de 1988 que inaugura o Estado Democrático de Direito preconiza pelo Direito fundamental da Igualdade e da “não-discriminação” por parte do Estado. A denúncia se embasa na omissão do Poder Legislativo na criminalização da homofobia/transfobia, na demora injustificada em punir do Judiciário casos relacionados a população LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis/transsexuais/transgêneros e intersexuais).

Palavras-chave: homo-transfobia, omissão legislativa, Poder Judiciário, Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

O trabalho trata da violação constitucional ao direito fundamental da Igualdade (artigo 5º – CR/88) e da garantia da “não discriminação” (artigo 3º, IV – CR/88) e além disso uma violação de documentos e tratados internacionais em que o Brasil foi signatário. Essa violação acontece pela inexistência de uma norma que regulamente a homofobia/transfobia no Estado brasileiro. Sendo que não existe projeto de lei que tramita atualmente no Congresso Nacional, apenas proposta de sugestões de popular, e

¹ Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor Adjunto da Universidade Federal de Ouro Preto e do IBMEC-BH; Bolsista de Produtividade do CNPq. Coordenador do Grupo de Pesquisa: “Omissão Inconstitucional e o Papel do STF: estudo sobre a ADO. n. 26”.

² Graduando em Direito pela UFOP. Agência de Financiamento: Universidade Federal de Ouro Preto



as que existiram foram arquivadas por falta de tramitação. Isso mostra uma omissão legislativa, pois não é a decisão negativa de uma proposta que está em pauta, mas sim uma omissão completa em apreciar a questão, uma vez que não se houve uma resposta para a demanda quando ela foi apresentada e tramitou (no caso do PLC122/06) durante mais de dez anos no Congresso Nacional.

Além disso, a questão se torna ainda pior uma vez que o Judiciário brasileiro não aplica o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal, haja vista a sua decisão no caso do Habeas Corpus 82.424/RS que declara a existência de um Racismo Social que deve ser combatido.³

Dessa forma, a homofobia/transfobia se enquadram no conceito e se poderia já ter avançado no Judiciário, apesar da omissão legislativa. Sobre isso há duas iniciativas: no Mandado de Injunção (MI) 4733 o Min. Relator do STF, num primeiro momento, julgou que o Mandado de Injunção não seria o instrumento adequado para a apreciação do tema pelo STF. No entanto, quando houve a troca de Relator, aquele primeiro despacho foi retratado e a ação voltou a tramitar.

Atualmente encontra-se também em tramitação a Ação Direta por Omissão (ADO) nº 26, que tem o mesmo objeto do MI. 4733, que é cobrar do Congresso Nacional a edição de uma norma ou mesmo a discussão sobre a criminalização da homofobia/transfobia no Brasil e, subsidiariamente, que o poder Judiciário *edite uma norma* para o entendimento dos tribunais a respeito do tema. Porém, ainda não se julgou o mérito da questão.

Em consonância do déficit apresentado, o Brasil aderiu a Organização das Nações Unidas em 1992, dessa forma os Estados membros se comprometem a respeitar e a cumprir o regimento dessas Instituições, sendo que reconhecem legitimidade das decisões proferidas por esses órgãos, o que implica presar por promover a proteção internacional dos Direitos Humanos, que, no âmbito regional, é feita pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

³ O “racismo social” é definido como a utilização de estigmas que atentam contra os princípios que se organizam a sociedade humana, baseada na respeitabilidade, na dignidade do ser humano e no seu direito a convivência pacífica no meio social.

Assim, uma vez que o Brasil se compromete a seguir os ditames internacionais de proteção dos Direitos Humanos, tanto no âmbito universal (ONU) quanto do regional (OEA), é importante lembrarmos que há inúmeras Resoluções de órgãos internacionais que, direta ou indiretamente impõem aos Estados-parte a obrigação de possuir normas e instituições voltadas para a proteção contra a violência e a promoção de direitos de minorias LGBTI⁴. Vale a pena mencionar a Resolução n. 2435: “Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008 – e que vem sendo repetida nas Assembleias anuais da OEA; a “Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções” (Resolução da ONU de 1981), além do “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”, de 1966.

A existência dessas normas e orientações internacionais e o fato do Brasil ter aderido à competência da CIDH e da Corte IDH implicam que o país deve cumprir e respeitar as decisões sobre a temática de Direitos Humanos e que, caso não o faça, se sujeita a responder a representações ou até a processos internacionais.

O presente trabalho se desenvolve da seguinte forma, a primeira parte aborda uma breve introdução do tema e a situação da população LGBT no Brasil apresentado como os Poderes da República brasileira tratam a temática LGBT. No segundo momento, trabalha-se as normas internacionais sobre a temática LGBT. No terceiro momento, apresenta-se a conclusão do trabalho.

A situação da população LGBT no Brasil

A população LGBTI é vítima constante de agressões e segregações sociais decorrentes de discriminações por orientação sexual e identidade de gênero – como mostram alguns os dados abaixo –, sendo que não existe uma norma no país que proteja essa população de forma específica – isto é, que crie instituições e sanções que façam frente à violência específica que aquela população sofre. Isso é o oposto do que proposto pelo Estado Democrático de Direito, que após a Constituição Cidadã de 1998, consagrou a igualdade em três âmbitos para poder lidar melhor com o reconhecimento de Direitos às minorias – sendo concebido a luta de Direitos que envolve **igualdade**

⁴ LGBTI: sigla utilizada para fazer referência às lésbicas, gays, bissexuais, travestis/transsexuais/transgêneros e intersexuais.

como **isonomia** (igualdade perante a lei), **igualdade como equidade** (ou igualdade material) e **igualdade como diversidade** (que percebe que grupos se auto-atribuem traços distintivos e que tais devem ser preservados).⁵

Ao contrário do que é consagrado pelos Tratados Internacionais e pela própria Constituição da República, todas as tentativas para a criminalização da homofobia/transfobia foram arquivadas pelo Congresso nacional, sendo o mais emblemático o recente arquivamento, em 2015, do Projeto de Lei da Câmara 122 que tratava sobre o tema e tramitou por mais de dez anos.

Não sendo o bastante, segundo o “Relatório sobre Violência Homofóbica no Brasil: o ano de 2011”⁶ do Governo Federal, de janeiro a dezembro de 2011 foram denunciadas 6.809 violações de direitos humanos contra LGBT, envolvendo 1.713 vítimas e 2.275 suspeitos⁷. Além disso temos outros dados trazidos pelo Grupo Gay da Bahia:

Em 2010, 260 gays, travestis e lésbicas foram assassinados no Brasil. De acordo com um relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) [...] a cada um dia e meio um homossexual brasileiro é morto. Nos últimos cinco anos, houve aumento de 113% no número de assassinatos de homossexuais. Apenas nos três primeiros meses de 2011 foram 65 assassinatos.⁸

Esses números trazem constatações de grande importância: a primeira diz respeito ao padrão de sobreposição de violências cometidas contra indivíduos dessa população. Os dados revelam uma média de 3,97 violações sofridas por cada uma das vítimas, o que parece indicar como a homofobia se faz presente no desejo de destruição

⁵ BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. *Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374; BAHIA, Alexandre. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327; BAHIA, Alexandre. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes (et. al) (orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-126.

⁶ Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-2011-1>, acessado em 24 de outubro de 2016.

⁷ BRASIL. SEDH. *Número de denúncias de violência homofóbica cresceu 166% em 2012, diz relatório*. Ver: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2013/junho/numero-de-denuncias-de-violencia-homofobica-cresceu-166-em-2012-diz-relatorio>>.

⁸ JINKINGS, Daniella. A cada 36 horas, um homossexual é morto no Brasil. *Agência Brasil*, 4 de abril de 2011. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-04-04/cada-36-horas-um-homossexual-e-morto-no-brasil>>. Ver também: MOTT, Luiz. *Causa Mortis: Homofobia - Violação dos Direitos Humanos e Assassinato de Homossexuais no Brasil, 2000*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dht/br/mott_homofob/index.html>.



(física, moral ou psicológica) não apenas da pessoa específica das vítimas, mas também do que elas representam – ou seja, da existência de pessoas LGBTI em geral. Dessa forma são recorrentes, por exemplo, os casos em que não apenas o indivíduo sofre violência física, com socos, pontapés ou pior, mas também uma variedade de formas de violência psicológica, por meio de humilhações e injúrias.

A segunda constatação trazida pelo Relatório é o maior número de suspeitos em relação ao de vítimas. A diferença chega ao patamar de 32,8%, o que sugere o caráter de tais violências são cometidas por mais de um agressor ao mesmo tempo, sendo que grupos de pessoas que se reúnem para agredir homossexuais ou travestis são um exemplo comum deste tipo de crime.

O presente cenário se torna ainda mais preocupante ao se levar em conta a subnotificação que existe quanto a esses crimes quando comparados com os de violência no geral, pois não existe uma tipificação penal para a homofobia/transfobia, além de toda uma estrutura de discriminação sofrida por essa população. Mesmo quando há notificação de violência ela, por vezes, não faz constar a motivação homotransfóbica, o que impede que haja números mais precisos sobre o problema no Brasil, sendo certo que os poucos dados que estão disponíveis refletem apenas uma parcela do universo de violência e discriminações da população LGBTI.

Sendo assim, dada a realidade apontada e considerando que Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais os quais dizem expressamente que o Brasil deve combater a discriminação, promover a diversidade e garantir a igualdade formal para os cidadãos, o país se encontra em um estado de “mora legislativa” que o coloca na condição de descumpridor de obrigações internacionais no sistema internacional de direitos humanos.

Tramitava no Congresso Nacional a PLC 122/2006⁹, que fora aprovada na Câmara dos Deputados, na qual se alterava a Lei 7.716/89. O intuito do projeto era agravar as penalidades para os crimes do Código Penal (os artigos eram 61, 121, 129,136, 140 e 286), em todas as tipificações as alterações aumentava a pena se as vítimas fossem homossexuais. O projeto de Lei tratava, definia e punia em oito artigos o crime de homofobia nas relações de consumo, no serviço público e no mercado de

⁹ O projeto de lei na íntegra está disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/opiniaopublica/pdf/PLC122.pdf>, acessado dia 22 de outubro de 2016 às 14:56.

trabalho. Entretanto, em 2015 o projeto foi arquivado por falta de tramitação. O que já mostra a omissão legislativa no que tange ao tema.

Porém, chegou ao Senado Federal uma sugestão popular (SUG 05/2016)¹⁰ de um projeto que equipara ao crime de racismo a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero modificando a Lei n 7.716/1989. O Relator da sugestão deverá apresentar um voto pela aceitação ou não da mesma. Após isso, o relatório será enviado para a análise da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), caso seja aprovado, a sugestão passa a tramitar como um projeto de lei, mas é apenas uma expectativa e nada concreto sobre o tema da criminalização de condutas contra a população LGBTI.

Com a realidade do preconceito institucionalizado, dada a existência de diversos relatórios e diversas demandas, foram ajuizados o MI. 4733 e a ADO. 26 no Supremo Tribunal Federal (STF) que visam a equiparação do crime de homofobia/transfobia ao crime de racismo, dada a omissão legislativa do Congresso Nacional em legislar sobre o tema e a jurisprudência do STF na existência do racismo social consagrado pelo HC 82.424/RS. Logo, pede-se ao Judiciário propor ao Poder Legislativo a criação de uma lei que equipare a homofobia/transfobia com o racismo, caso isso não ocorra, que o próprio Judiciário edite uma *norma* regulando o tema até a positivação pelo Legislativo. Entretanto, essas ações encontram-se em tramitação e sem nenhuma perspectiva de quando serão julgadas pelo STF.

Assim, diante tantos crimes, irregularidades e omissões cometidas pelos diversos Poderes da República, pretende-se conhecer a fundo o procedimento para se ajuizar uma ação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos tratando da demora injustificada da punição dos crimes quanto a população LGBTI, o descumprimento de tratados e convenções internacionais e a omissão legislativa na criação de lei que puna a violência a pessoas LGBTI por parte do Estado Brasileiro em suas diversas esferas. Pretende-se, ao final da pesquisa, ter-se uma petição que poderá ser apresentada à CIDH mostrando a situação de omissão objetiva do Brasil na matéria e pedindo providências àquela Instituição, isto é, que ela, reconhecendo a mora, recomende ao país que a solucione e,

¹⁰ A sugestão popular está disponível em http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/09/29/senado-pode-voltar-a-examinar-proposta-que-torna-crime-a-homofobia?utm_source=midias-sociais&utm_medium=midias-sociais&utm_campaign=midias-sociais



caso isso não seja feito, que a CIDH proceda à abertura de processo contra o Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Tratados internacionais sobre o tema

A Constituição Federal de 1988, intitulada de “cidadã”, trouxe direitos e garantias, sendo uns adquiridos e outros renovados, que são para todos os cidadãos, sem qualquer distinção de gênero, raça, religião ou cor. Além disso, o Brasil vem se tornando signatário de documentos internacionais de Direitos Humanos que tratam, entre outras matérias, cobram um comportamento de proteção e promoção dos Direitos das Minorias.

Porém, quando se trata da proteção frente a violência homofóbica se mostra contraditória quanto ao seu próprio ordenamento jurídico e aos Tratados Internacionais que é signatário, sendo que são negadas uma proteção efetiva à população LGBTI, pois são alarmantes os dados de violência contra a este grupo, sem que se identifique ações concretas que possam modificar essa situação.

No Brasil não há nenhuma lei federal sequer a tratar diretamente do tema, nem em tramitação no Congresso Nacional, a despeito do que diz a Constituição de 1988, isto é, desta garantir a “não-discriminação” como um direito fundamental (artigo 3º, IV), do direito de igualdade (artigo 5º, I)¹¹, de que a Constituição diz expressamente que o rol de direitos ali elencados é aberto e passível de novas incorporações (art. 5º, §§2º e 3º); e apesar também do fato de já haver Resoluções Internacionais da OEA e da ONU, orientando os países a promoverem políticas de não discriminação contra homossexuais. Como se vê abaixo:

(I) a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, especialmente o art. 2º, 1. “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”;

(II) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965): “Considerando que todas as pessoas são iguais perante a

¹¹ Seguindo a classificação de Roger Raupp Rios no que se refere à forma como os Ordenamentos tratam da homossexualidade, o Brasil se encontra num estágio intermediário: não a criminaliza e também proíbe sua discriminação (RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. *SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília*. Anais... Brasília: CJF, 2003, p. 158).

lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação” e seu Art. 1º. “(...) a expressão ‘discriminação racial’ significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo pleno (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida”.

A responsabilidade por monitorar o cumprimento dessa Convenção é do Comitê de Eliminação de Discriminação – CERD (art. 14 da Convenção). No Brasil, o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT) acompanha, desde 2001, os casos que tramitam perante aquele Comitê.

(III) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, onde se lê: “Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

Em consequência desta Convenção, lembra Roger Rios, “o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*”¹²;

(IV) a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (Resolução da ONU), de 1981.

(V) o Pacto de San José da Costa Rica também denominado Convenção Americana de Direitos Humanos;

¹² RIOS, Roger Raupp. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38 n. 149 jan./mar. 2001, p. 287. Como mostra Relatório da ILGA, nessa decisão os membros do Comitê confirmaram “que as legislações que criminalizam relações sexuais consensuais do mesmo sexo estão violando não apenas o direito à privacidade mas também o direito à igualdade face à lei sem qualquer discriminação, contrária aos artigos 17(1) e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” (OTTOSSON, Daniel. Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo. *ILGA – Associação Internacional de Gays e Lésbicas. Homofobia do Estado*, Maio de 2008. Disponível em: <www.ilga.org>, p. 4). Acessado em 24 de setembro de 2016.



Sendo que o Brasil ratificou em 2007 Protocolo Facultativo a este Pacto que permite que qualquer cidadão denuncie violações aos direitos civis e políticos diretamente ao Conselho de Direitos Humanos da ONU.

Dessa forma, com o Pacto de San José ratificado pelo Brasil em 1992, o país passa a se submeter à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para a questão tratada, vale lembrar alguns dos direitos mencionados nessa Convenção: Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica (art. 3); Direito à Vida (art. 4); Direito à Integridade Física, Psíquica e Moral (art. 5); Direito de Proteção à Honra e à Dignidade (art. 11); Liberdade de Pensamento e de Expressão (art. 13); Direito ao Nome (art. 18); Direito de Igualdade e de Não Discriminação (art. 24).

O atual estado de falta de violação dos direitos convencionais de uma parcela da população, como os LGBT, legitima o procedimento de denúncia do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por omissão em proteger de forma eficaz a minoria LGBTI; vale lembrar que a Comissão, reconhecendo a procedência do pedido, dá um prazo para que o país cumpra as recomendações que a mesma elabora, sob pena de que, não o fazendo a Comissão instaura processo junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, é bom lembrar que a OEA já tem indicado à Comissão o monitoramento daquele tipo de violência:

I. a Resolução n. 2435: Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 03 de junho de 2008, mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”.

Desde o ano de 2008, a OEA vem reafirmando posição de proteção aos Direitos das Minorias, aprovando a cada ano uma nova Resolução com aquele mesmo título, mas com conteúdo cada vez mais enfático quanto à erradicação de violência homofóbica no continente. Na reunião de 2009, a Assembleia Geral aprovou a Res. 2504 pela qual:

RESUELVE:

1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género.
2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados



contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

3. Instar a los Estados a asegurar una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. (...).

Acontece em 2010 uma nova aprovação, pela Assembleia Geral da OEA, da Resolução n. 2.600, em 2011 com a Resolução n. 2653, em 2012, com a Resolução n. 2721 e 2013, com a Resolução n. 2807, cada uma delas reiterando o disposto anteriormente sobre a proteção necessária à minoria LGBT e insistem na urgência dos Estados-membro adotarem medidas específicas nesse sentido.

Não nos esqueçamos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte esta que já condenou o Chile por discriminação por orientação sexual – Sentença de 24/02/2012, *Caso Atala Riffo e Filhas vs. Chile*¹³.

II. Na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Antígua, na Guatemala, tem-se uma importante vitória simbólica com a aprovação, em 05 de junho de 2013, dos textos da “Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância” e da “Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância”, textos nos quais, pela primeira vez em uma Convenção da OEA, verifica-se a inclusão do conceito de orientação sexual entre as minorias protegidas que – em consonância com o que propomos neste trabalho – não diferencia o racismo étnico de discriminação homofóbica.

III. Sendo que em 2008, aprovou-se uma Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22 de dezembro de 08) (ONU, 2008) os Estados *condenaram*

as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar [...].

¹³ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em 24/04/2012. No âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos há várias decisões garantindo o direito à livre orientação sexual e vedação à discriminação: *Dudgeon v. United Kingdom* (1981); *Norris v. Ireland* (1991); *Modinos v. Cyprus* (1993); *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (1999); *Smith and Grady v. United Kingdom* (1999); *Goodwin v. United Kingdom* (2002); *Van Kuck v. Germany* (2003); *Karner v. Austria* (2003); *L. and V. v. Austria* (2003).



Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção.

IV. Em 17/11/2011 o Conselho de Direitos Humanos da ONU em seu Informe Anual publicou o Documento: “Leis e práticas e atos de violência contra indivíduos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero discriminatórias”. Trata-se de um estudo que teve como finalidade:

documenting discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, and how international human rights law can be used to end violence and related human rights violations based on sexual orientation and gender identity.¹⁴

Nele se reafirmam os princípios da universalidade (dos direitos humanos), da igualdade e da não-discriminação, que deixam claro que leis, ações ou omissões governamentais contra os LGBT configurariam violação da DUDH e documentos correlatos. São listadas várias formas de violência (física e simbólica) e discriminação ainda perpetradas contra LGBT no mundo e, ao final, são feitas Recomendações aos Estados-parte – praticamente todas “ainda” não cumpridas pelo Brasil até os dias de hoje.

V. E mais recentemente a ONU, através do **Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos**, publicou no dia 13 de setembro de 2012 o estudo “Born Free and Equal”¹⁵ que estipula obrigações legais para os Estados-parte para proteção dos LGBT.

Quando se compara o Brasil a outros Estados na América Latina se vê uma grande diferença do tratamento a pessoas LGBT. Sendo que o primeiro país em que se observou a discussão da diversidade de gênero foi o Uruguai, que, posteriormente, iniciou-se a discussão na Argentina. De tal forma, que anos depois surgiu a Lei de Identidade de Gênero no país (Lei nº 26.743), a qual declara a diversidade sexual e de gênero como direito individual. Isso demonstra o tratamento diferencial no Brasil, em que se tem uma omissão legislativa sobre essa matéria e sobre a homofobia/transfobia.

¹⁴ Disponível em:

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_english.pdf>.

¹⁵ Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>>.

Uma vez que a CIDH possui uma natureza dupla, sendo que ao receber petições pode procura resolver aquela determinada ação que está sendo demanda, sob forma de recomendações e, se estas não obtiverem sucesso, pode-se remeter o caso a Corte Interamericana e atuar incisivamente sob aquele Estado demandado, haja vista que ao reconhecer a corte como órgão judiciário.

Conclusão

Assim, diante dos diversos tratados internacionais que o Brasil é signatário, a omissão legislativa do Poder Legislativo Brasileiro e a demora injustificada do Poder Judiciário em oferecer resposta aos casos de agressão contra LGBTI com a não criminalização da homo-transfobia demonstram uma violação ao Direito desta minoria. Esta é uma violação ao Direito de Igualdade dos LGBTI, na concepção do termo como igual sendo entendido como Diversidade.

Por sua vez, a Corte se configura como um órgão mais que legítimo para reconhecer que a omissão do Legislativo e a demora injustificada do Judiciário em julgar casos relacionados com homofobia/transfobia, dado a Constituição e Documentos Internacionais de que o Brasil é signatário e que impõem a obrigação de possuir uma legislação específica e mecanismos de combate a violência relacionados a homofobia/transfobia.

Assim, diante das razões apresentados justificam o ajuizamento de uma ação de denúncia do Estado Brasileiro na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o próprio Estado já aderiu a essa competência jurisdicional.

O interessante de ressaltar é que os instrumentos de justiça internos, no sentido amplo, não foram esgotados, como pode se verificar com a tramitação da ADo. 26, porém já há dados sobre casos nos quais há demora injustificável na solução final de ações penais, bem como casos nos quais esta sequer foi iniciada, ou ainda casos que transitaram em julgado sem a devida punição diante da falta de tipificação penal adequado para os crimes de homo-transfobia.

Diante dos dados apresentados no presente artigo, que se concentrou no estudos dos casos internacionais que poderia ser utilizados como subsídio e referencial para o ajuizamento do caso brasileiro, ainda não foram contemplados nesse trabalho o estudo do caso concreto de violência homofóbica ou discriminação baseada na orientação sexual/identidade de gênero sobre possíveis casos em que se poderia tomar como



paradigma para o ajuizamento da questão na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, haja vista a necessidade de um caso paradigma para o ajuizamento na CIDH. Entretanto, esse artigo se mostra conclusivo na viabilidade do ajuizamento diante das violações colacionadas que mostram a omissão dos Poderes da República e a plausibilidade do pedido diante os casos enumerados no trabalho.

Referências:

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais - LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, v. 186, p. 89-115, 2010.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, vol. 9, n. 1, p. 65-92, 2013.

BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. **Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. SEDH. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011**. Brasília, 2012, disponível em: <<http://www.sedh.gov.br/brasilem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>>.

BRASIL. SEDH. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012**. Brasília, 2013, disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. **Direito Processual Constitucional**. cit.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (orgs.). **DIREITO À DIFERENÇA 1: Aspectos teóricos e conceituais da proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OEA. **AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09) – DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**. Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2504_XXXIX-O-09.pdf>.

OEA. **AG/RES. 2600 (XL-O/10) – DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO**. Aprovada na quarta sessão plenária,



realizada em 8 de junho de 2010. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2600_XL-O-10_esp.pdf>.

OEA. **AG/RES. 2653 (XLI-O/11) – DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO.** Aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf>.

OEA. **CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA. 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Antígua, 05 de junho de 2013.** Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf>.

ONU. Assembleia Geral. **A/63/635. Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Letter dated 18 December 2008 from the Permanent Representatives of Argentina, Brazil, Croatia, France, Gabon, Japan, the Netherlands and Norway to the United Nations addressed to the President of the General Assembly. 22 December 2008.** Disponível em: <<http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2009/03/un-document-on-sexual-orientation.pdf>>.

ONU. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. **A/HRC/19/41. Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity.** 17 November 2011. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf>.

ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Born Free and Equal: Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law.** 2012. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes.pdf>>.

PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Direito fundamental à educação, diversidade e homofobia na escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista**, n. 39, p. 51-71, 2011

RIOS, Roger Raupp. A Discriminação por Gênero e por Orientação Sexual. **SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília.** Anais... Brasília: CJF, 2003, p. 158