


## CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA, OMISSÃO LEGISLATIVA E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ALGUMAS PROVOCAÇÕES

 <https://doi.org/10.56238/arev6n3-362>

Data de submissão: 28/10/2024

Data de publicação: 28/11/2024

### **Luiz Carlos Garcia**

Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP  
Coordenador do Centro de Estudos em Direito e Desigualdades – CEDD  
Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG  
Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP

### **Leonardo Rodrigo Soares**

Professor adjunto no curso de Turismo Patrimonial e Socioambiental da Universidade Federal do Tocantins (UFT)  
Coordenador do Instituto de Línguas Estrangeiras, Cultura e Tecnologias (ILECT/UFT)  
Doutor em Estudos Linguísticos (UFMG).

### **Paula Camila Veiga Ferreira**

Advogada  
Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP  
Bacharel em Direito  
Pesquisadora na área de concentração novos sujeitos e novos direitos

### **Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda**

Advogado  
Mestre em Direito Privado  
Bacharel em Direito  
Licenciado em Filosofia  
Professor Universitário e da Educação Básica

### **Nayara Maria de Lima**

Advogada  
Mestra em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG  
Bacharel em Direito  
Servidora Pública do município de Itabirito/MG

## **RESUMO**

**INTRODUÇÃO:** Criminalizar condutas é uma ação que envolve a análise dos fatos em um determinado contexto histórico e segundo valores pré-determinados. É trazer para o campo do Direito Penal determinado ato que viola bens jurídicos relevantes e que carecem de proteção do Estado. Poucos bens são tão valiosos na atualidade para a sociedade mundial – e a brasileira não é exceção – quanto a segurança. Ou seja, a segurança é hodiernamente um bem jurídico de grande relevância e que merece por parte do Estado grande atenção e zelo.

**Palavras-chave:** LGBTfobia. Criminalização. Supremo Tribunal Federal. Omissão Legislativa

## 1 INTRODUÇÃO

Criminalizar condutas é uma ação que envolve a análise dos fatos em um determinado contexto histórico e segundo valores pré-determinados. É trazer para o campo do Direito Penal determinado ato que viola bens jurídicos relevantes e que carecem de proteção do Estado. Poucos bens são tão valiosos na atualidade para a sociedade mundial – e a brasileira não é exceção – quanto a segurança. Ou seja, a segurança é hodiernamente um bem jurídico de grande relevância e que merece por parte do Estado grande atenção e zelo.

O direito de ir e vir, de estar em sociedade com um mínimo de tranquilidade, somados ao livre exercício de direitos inerentes a pessoa humana como a identidade de gênero e a orientação sexual, são ao final corolários da garantia do Estado em relação a segurança do indivíduo. Como pode um cidadão se dizer livre para exercer seus direitos se não se sente seguro sequer para se manifestar com liberdade acerca do que de fato é? Todo cidadão LGBT ao sair de casa faz com um lampejo de dúvida, se voltará sem nenhuma agressão, seja ela física ou moral. E os números demonstram cabalmente que muitos sequer voltam.

Os algozes dessas pessoas estão dentro de casa, no trabalho, nos cargos públicos e fazendo leis que teoricamente deviam garantir todos aos cidadãos uma sociedade mais igualitária. Alguns os atacam diretamente, outros não se incomodam com tais agressões e se sentem até justificados em tais atos. Por julgamentos morais, religiosos, por uma aversão a qualquer ideia de diversidade, pessoas são violentadas todos os dias.

O Estado não é e não pode ser um agente moral. Deste modo cabe a ele – independentemente de quem sejam os representantes que componham seus poderes e órgãos – garantir a população como um todo. Tendo uma Constituição que norteia todo o Estado e suas funções e a Dignidade da Pessoa Humana como valor e diretriz a ser seguida, não pode nenhum dos Poderes da República se eximir de suas obrigações e muito menos ser colonizado por valores que não coadunam com os preceitos do Estado Democrático de Direito e assim afrontar a própria ideia do que torna este país de fato uma República.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA GRUPOS IDENTITÁRIOS MINORIZADOS NO BRASIL

Vive-se no Brasil momentos que mesclam de maneira intensa ganhos no que tange a liberdade sexual e verdadeiros ataques e avanços conservadores. Fala-se do Congresso mais conservador desde a Ditadura Militar no Brasil, o que repercute diretamente nos avanços ou retrocessos que a legislação e políticas públicas acabam por atender.

A naturalização de condutas – que aborda como sendo inerente a determinada condição, principalmente a ideia de gênero ou orientação sexual, características que são socialmente e construídas - somada a um histórico que tratou a homossexualidade como pecado, como doença, como crime, acaba por sustentar condutas violentas até hoje no Brasil e no mundo (GARCIA, 2023).

Durante a Idade Média a homossexualidade foi demonizada pela igreja católica, que perseguiu homossexuais por meio da inquisição (DIAS, 2012). Com a perda de espaço no cenário político da Igreja Católica, a homossexualidade saiu de cena, deixando de ser encarada como algo a ser perseguido pela máquina estatal, até então atrelada diretamente à religião. Entretanto permaneceu como algo moralmente inaceitável e que deveria ser coibido tanto pela família, heterossexual, patrimonialista e patriarcal, como pelos órgãos do Estado que não reconheciam a estas pessoas quaisquer tipos de Direitos.

Se anteriormente a homossexualidade era vista como maldição, como ato pecaminoso, passa a ser identificada como distúrbio, sendo incorporada como transtorno sexual na Classificação Internacional de Doenças – CID, no ano de 1975. Como patologia que, portanto, deveria ser tratada. Apesar de atualmente já ser uníssono na psiquiatria bem como na psicologia que a homossexualidade não é uma patologia, haja vista que no ano de 1995 deixou de fazer parte da CID perdendo o sufixo “*ismo*” que quer dizer doença e adotando o sufixo “*dade*” que define jeito de ser, isso dez anos após indicação da Organização Mundial de Saúde – OMS, quanto ao fato de não ser a homossexualidade uma doença (MOREIRA FILHO, MADRID, 2009), ainda há pessoas que apontam o caminho de tratamentos tanto com medicamentos quanto com terapia para “curar” a homossexualidade.

Por muito tempo a homossexualidade foi considerada uma perversão, ou seja, um desvio psiquiátrico relacionado a sexualidade. Porém, diversos estudiosos da mente humana e dos fenômenos a ela relacionados como Sigmund Freud já assinalavam para o fato de não tratar-se de um quadro de distúrbio, e sim de uma manifestação da sexualidade (ROUDINESCO; PLON, 1998). Freud adota a teoria de que todos os seres humanos, bem como os animais, são aprioristicamente bissexuais, sendo uma predisposição biológica ora para o sexo oposto, ora para o mesmo sexo (ROUDINESCO; PLON, 1998).

Há ainda estudos, especialmente no campo da antropologia, que apontam a homossexualidade como uma questão influenciada também por aspectos culturais, assim como os demais aspectos da subjetividade humana como identidade e prática sexual. Independentemente de ser algo biologicamente determinado ou socialmente influenciado o fato é que definitivamente a homossexualidade não está no campo das patologias (DIAS, 2012).

No ano de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana – APA, retirou da homossexualidade da lista de doenças mentais. No Brasil, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina – CFM, retirou a homossexualidade da condição de desvio sexual. O Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM-IV, também retirou a homossexualidade da classificação de transtorno mental. Neste documento são identificados todos os transtornos mentais por meio de códigos e serve de orientação para a classe médica. Finalmente no ano de 1993, a Organização Mundial da Saúde – OMS, retirou o termo homossexualismo e adotou a expressão homossexualidade.

Em 1995, a última versão da Classificação Internacional das Doenças – CID, o termo homossexualismo deixou de constar nos diagnósticos (MIRANDA, apud TAVARES *et al*, 2010). E houve também no ano de 1999 uma resolução do Conselho Federal de Psicologia – CFP, proibindo qualquer tipo de ação que favoreça a patologização da homossexualidade. No caso da transexualidade, não houve ainda a retirada do termo do campo das patologias, sendo ainda considerada uma doença psiquiátrica, em que pese diversos estudos apontarem em outro sentido.

Saliente-se que recentemente essa questão do tratamento para a cura da homossexualidade foi alvo de um projeto de decreto legislativo – PDL 234/2011 (BRASIL, 2013), apresentado por um Deputado Federal e inclusive aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados – CDHM, isso obviamente por haver na citada comissão uma composição quase total de membros da bancada religiosa, havendo, portanto, um claro movimento religioso no aludido projeto. O objetivo era alterar a resolução do Conselho Federal de Psicologia que faz a proibição do tratamento da homossexualidade, vez que esta não é mais considerada doença tanto pelos psiquiatras quanto pelos psicólogos como já fora dito anteriormente.

Trata-se de movimento que significa verdadeiro retrocesso diante de tudo que já foi discutido, pesquisado e concluído acerca do tema. Tal projeto não chegou a ser votado em plenário pois foi retirado da pauta a pedido daquele que o apresentou, diante de pressões exercidas por órgãos de defesa dos direitos LGBT, como do próprio Conselho Federal de Psicologia, outros parlamentares e de manifestações de civis nas ruas reivindicando o arquivamento dessa verdadeira aberração legislativa.

Com as mudanças sociais sofridas e conseqüente implicações para o homossexual e as relações homoafetivas, além de mudanças no próprio ordenamento jurídico que modificaram a forma de ler-se as leis, levando a uma interpretação mais inclusiva e mais preocupada com a promoção da dignidade do cidadão, houve um razoável avanço no que diz respeito aos direitos dos homossexuais e a tutela das relações homoafetivas.

## 2.1 A VITIMIZAÇÃO CONSTANTE DA COMUNIDADE LGBT – VIOLÊNCIAS, CRIMES E O SILÊNCIO SOCIAL

Estupros corretivos contra lésbicas. Transexuais que não podem usar banheiros com os quais se identificam. Gays que são xingados desde a infância. A violência contra a comunidade LGBT no Brasil é algo corriqueiro e muitas vezes encarado com naturalidade pela sociedade. Quando se analisa a questão da violência sob a ótica de teorias feministas e de gênero - Joan Scott (1998), Sara Salih (2013), Helena Vieira (2016) – é notório que as condutas ocorrem em razão da manutenção de estereótipos marginalizados, relacionados a orientação sexual e identidade de gênero. Ou seja, numa ideia hegemônica e padronizada de sexualidade, todo aquele e aquela que não se enquadra, é considerado um desviante e merecedor muitas vezes de condutas agressivas (FERREIRA, GARCIA, 2024).

O Brasil é o país do mundo que mais mata transexuais, segundo o grupo Transgender Europe, constatando que entre os anos de 2008 e 2014, foram assassinadas, no Brasil, 604 (seiscentos e quatro) travestis e transexuais. De acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB) no ano de 2023 foram registradas 257 (duzentas e cinquenta e sete) mortes violentas de pessoas LGBTI+ no Brasil. Este número coloca o país enquanto o mais homotransfóbico do mundo. Os crimes são caracterizados por uma violência extrema, como diversos casos de tortura e morte de adolescentes. A título de exemplo, um caso que chocou nacionalmente que foi a tortura e morte de Dandara, no estado do Ceará, haja vista que, além de ter sido espancada por 06 (seis) homens, com diversos instrumentos e depois executada a tiros, os assassinos filmaram todo o processo. Isso denota uma total despreocupação com qualquer ideia de punibilidade pelo ato cometido.

Condutas violentas contra essas minorias sexuais é algo endêmico. O site de notícias G1 juntamente com a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância – DECRADI, realizou um levantamento sobre o mapa da violência no estado de São Paulo. Em dez anos, 465 (quatrocentos e sessenta e cinco) vítimas registraram boletins de ocorrência acerca de crimes motivados por homofobia no estado (2017). No ano de 2023, apenas no primeiro semestre, foram registrados pelo Ministério dos Direitos Humanos 13.800 (treze mil e oitocentas) violações envolvendo a comunidade LGBTI+.

Importante salientar, que tais números são aqueles que foram registrados em razão da denúncia, havendo ainda os casos que não são denunciados, seja pela opressão social sofrida por tais grupos, ou mesmo pelo cometimento de tais crimes ocorrer por parte de pessoas próximas como familiares. O machismo e a discriminação dele oriunda baseia-se numa ideia de inferioridade de toda e qualquer pessoa LGBTI+ simplesmente por ser quem é. A construção social do homem como sujeito universal – homem esse forjado em uma premissa de masculinidade violenta e adoecida – coloca como desviante

essas pessoas, ora por não servirem aos seus propósitos – caso de mulheres lésbicas – ora por “atentarem” ao ideário de masculinidade ao qual prestam continência, como os homens cis homossexuais e as mulheres transexuais.

Assim como a ideia de feminino, o masculino também é construído. Logo, há formas pelas quais o indivíduo se reconhece e é reconhecido como homem: o perfil traçado pela mídia, o reconhecimento do grupo e a reação despertada (KORIN, 2001). A ideia de masculinidade é algo que supera de maneira clara o indivíduo homem. E isso é um vetor de violência contra grupos que coloquem – ainda que meramente por serem da maneira que se identificam – algum tipo de questionamento a essa dita masculinidade.

Tal análise é enviesada no sentido que, este indivíduo não é, *a priori*, detentor dessa masculinidade. Na verdade, ele é, desde sempre, formado para atender aos ditames que essa ideia social estabelece. Não se tem apenas um tipo de homem, e, portanto, seria lógico não se ter apenas um formato de masculinidade. Entretanto, a prática cultural alicerçada em uma série de signos e significantes estrutura uma realidade na qual só é reconhecido e reverenciado enquanto homem – detentor dessa ideia quase mítica de masculinidade – aquele que segue o que esta estabelece. Assim cria-se a ideia de uma masculinidade hegemônica. Neste sentido assevera Robert W. Connell e James W. Messerschmidt,

“A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens”. (CONNEL, MESSERSCHIMIDT, 2013)

Deste modo o que se vivencia é uma masculinidade hegemônica que determina padrões muito fechados do “ser homem” e tais padrões passam não só por condutas dos homens em relação a si mesmo, mas especialmente no desprezo por tudo que faz referência ou contato com o feminino. É exatamente na ideia de uma inferioridade presumida da mulher em relação a todo e qualquer homem – e a própria ideia de masculino enquanto essência - que serve de base para se justificar a conduta perniciososa de homens em relação as mulheres, aos transexuais e aos homossexuais. Pois, quando um homem se aproxima da ideia de feminino – seja por estilo de roupa, forma de falar ou pelo ato de estar com outro homem – ele está colocando em xeque toda a ideia de masculinidade e, portanto, merece ser marginalizado, quando não eliminado.

### **3 BASES LEGAIS PARA A INTERPRETAÇÃO DA LBTFOBIA COMO CRIME DE RACISMO**

Muitas vezes há tensionamentos acerca da atuação parlamentar, especialmente em um contexto de grave crise política – denúncias que colocam em xeque a credibilidade de uma boa parte do corpo político nacional – somado a tendências conservadoras que vão de encontro ao projeto jurídico-constitucional brasileiro, causando grande desconforto entre a seara política e doutrinária.

Entretanto, em que pese haver dissidências político-ideológicas, é incontroverso que, determinados aspectos da organização social, que se pautam pela lei não podem ficar ao mero arbítrio de uma contingência de poder. Ou seja, determinados direitos e garantias urgem em serem regulados, isso inclusive enquanto mandamento constitucional, de modo que, o não atendimento a tais questões contrariam fragrantemente a própria lei maior, colocando em xeque a eficácia da lei e consequentemente da Corte Constitucional – Superior Tribunal Federal – enquanto guardião do cumprimento da Constituição.

Quando da análise do Ordenamento Jurídico Brasileiro, a atuação do Legislativo no que tange os comandos constitucionais são comandos e não mera diretiva, ou seja, enquanto uma constituição dirigente, programática, há definições que traçam programas a serem elaborados e colocados em prática pelo poder público (NOVELINO, 2009). Dessa feita, o não cumprimento ao comando constitucional por si é suficiente para que o Supremo Tribunal Federal seja invocado, de modo a atuar para o adequado cumprimento dos comandos constitucionais que se consubstanciam enquanto imperativos normativos e não como conselhos ao legislador, sob pena de se descredibilizar todo o texto constitucional e minar sua eficácia.

#### **3.1 A HOMOTRANSFOBIA ENQUANTO UMA ESPÉCIE CRIMINAL DO GÊNERO RACISMO – JULGAMENTO DO CASO ELLWANGER (HC Nº 82.424-4/RS) PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O crime de racismo estabelecido pela Constituição em seu artigo 5º, inciso XLII e disciplinado pela Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989, prescreve que, *in verbis*, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, ou seja, o enquadramento de determinada conduta no tipo penal em questão traz grande impacto tanto do ponto de vista da conduta e seu julgamento, como em relação a visão que a sociedade tem sobre o fato, vez que, a gravidade reconhecida pelo Estado vende a comunidade o quão nocivo este é para o tecido social.

A ideia de racismo pode ser sintetizada em diversos conceitos, todavia todos eles convergem no sentido de haver um ato discriminatório de um grupo em relação a outro. Segundo o Programa Nacional de Direitos Humanos, “racismo é uma ideologia que postula a existência de hierarquia entre os grupos humanos” (1998). Outra acepção trazida relação que se estabelece entre as características de determinada pessoa e certos traços de sua personalidade, inteligência ou cultura, que a subordina a outro grupo (SANT’ANA, 2008). Percebe-se que em ambos os conceitos não há a vinculação direta a raça e sim a grupos sociais que são inferiorizados por outros.

No caso da homotransfobia – para o presente trabalho essa expressão abarca a discriminação em razão de identidade de gênero e orientação sexual – o enquadramento se justifica por ser relativo à ideia constitucional de racismo social. O Supremo Tribunal Federal já enfrentou, em um de seus julgados, questão que trata sobre o racismo social quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-4 impetrado por Siegfried Ellwanger, do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, onde o escritor questionava a acusação de racismo contra a comunidade judaica, questionando de forma direta o fator imprescritibilidade quanto ao crime cometido.

O escritor Ellwanger publicava uma série de livros por meio de sua editora – Revisão – onde eram debatidos fatos ocorridos no período da II Guerra Mundial, pretensamente sob um outro viés, chegando em alguns momentos negar que os judeus tenham sofrido o holocausto. Foi julgado em 1996, em Porto Alegre e recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, em 2001, onde foi derrotado. No Supremo Tribunal Federal alegou que discriminação e antissemitismo não são casos de racismo, portanto, não são crimes raciais. Teve o *Habeas Corpus* denegado por oito votos a três na ocasião. (MARINHO, 2007).

Em todo o julgado os ministros fazem um grande esforço histórico, cultural, biológico e social para visualizar e enquadrar a conduta em questão, qual seja, a discriminação praticada contra o povo judeu na condição de crime de racismo. E a indicação foi exatamente no sentido de que, a prática do crime de racismo não abarca exclusivamente a questão de raça, mas o ato de inferiorizar um grupo em comparação a outro. Como assevera no julgado em questão o ministro Maurício Corrêa,

“limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos (2004)”.

Naquele momento o Supremo Tribunal Federal acenou que a interpretação do crime racismo necessariamente precisa ser feita de maneira a atender as questões históricas, culturais e sociais da época e não apenas em uma visão reducionista, que se apega apenas a ideia semântico-teleológica das



palavras. Uma hermenêutica que restringe direitos a uma determinada parcela da sociedade que se vê vitimizada diariamente ataca frontalmente os preceitos da carta política de 1988.

Nessa esteira, é indubitável que a prática de racismo estabelecida no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, abrange atos homofóbicos e transfóbicos. Afinal, trata-se de compreender o racismo enquanto toda ação que promove a discriminação do outro, de modo a minar e atacar sua autoestima e patrimônio moral, bem como de determinado grupo, tendo como critérios raça ou cor, sexo, orientação sexual, situação econômica (BULOS, 2012).

Deste modo, a não criminalização da homotransfobia enquanto uma espécie do gênero racismo é um ato que ataca a dinâmica e integralidade do Ordenamento Jurídico Brasileiro, especialmente quando se considera que o ato discriminatório não criminalizado no Código Penal Brasileiro e sim na lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89) – Art. 20. praticar, induzir ou incitar o preconceito ou a discriminação por raça, cor, etnia, procedência nacional ou religião – assim, o não enquadramento retiraria do mundo jurídico a prática enquanto ato criminoso. O não enquadramento geraria uma hierarquização de opressões, o que é absurdo em qualquer contexto, seja social ou jurídico.

### 3.2 HOMOTRANSFOBIA E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE EFETIVAÇÃO/MATERIALIZAÇÃO DE DIREITOS

A população LGBT no Brasil vive uma realidade na qual exercícios básicos de cidadania ainda lhes são negados. Quando se analisa os números dos crimes cometidos contra essa parcela da sociedade – e o crime é apenas uma acepção da violência que essas pessoas sofrem desde a infância, com humilhações e ataques de diversas ordens - todo LGBT no Brasil é uma vítima em potencial. Isso é um limitador de questões basilares como o ato de ir e vir e estar em determinados lugares. Logo, a insegurança é um fator que, na atualidade, é um limitador para o livre exercício de direitos dessas pessoas.

A inércia estatal em criminalizar a homofobia é, portanto, contrária ao que se espera em um Estado Democrático de Direito, onde é um dever deste não só deixar de interferir na vida do cidadão, mas também promover o bem estar destes por meio de políticas públicas e com a própria lei (DALLARI, 1995). Assim sendo, não está abarcado por uma ideia de discricionariedade de nenhum dos poderes da República a criminalização ou não das condutas criminosas baseadas em questões de ódio.

Quando se analisa a vivência dos cidadãos gays, transexuais, lésbicas, travestis, bissexuais, intersexo e todas as demais possibilidades dentro da seara da identidade de gênero e da orientação sexual, nota-se uma negação sistêmica de direitos. Em que pese conquistas terem ocorrido –

equiparação da união estável homoafetiva à heteroafetiva, punições administrativas a estabelecimentos por discriminação em alguns Municípios, uso do nome social por transexuais – ainda existem limitações sérias, calcadas precisamente na violência diária perpetrada contra tais pessoas.

O medo de um possível ataque – não desmotivado como os números demonstram – já é por si só capaz de impor ao cidadão LGBT uma verdadeira prisão social. Ou seja, diariamente essas pessoas são impedidas de viver plenamente sua sexualidade e identificação de gênero, em razão da possível violência que podem vir a sofrer. Como se pode dizer livre alguém que corre risco de vida ao praticar atos simples como andar de mãos dadas com seu namorado ou namorada? Que igualdade é essa que alguns tentam defender existir, se a mera existência pública de um travesti é motivo para que este seja agredido? Quais motivos justificam a não criminalização da homotransfobia – constitucionalmente colocada – se pessoas morrem e/ou são violentadas todos os dias? São perguntas que deveriam compor as pautas do Congresso Nacional, mas que simplesmente não são feitas.

A livre orientação sexual está no bojo dos direitos da personalidade, vez que, trata-se de um desdobramento, um corolário da própria condição humana. No campo do Direito Civil, vale a pena lembrar-se do que se cunhou enquanto uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade dentro do fenômeno da constitucionalização dos demais ramos do direito, enquanto a manifestação do princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Civil (ROSENVALD, 2017). Logo a não garantia por parte do Estado no que tange o desenvolvimento de tais atributos configura uma hierarquização entre pessoas, tendo por base a orientação sexual ou identidade de gênero, o que fere tudo o que conhece sobre dignidade humana.

Inequívoco que, se determinado grupo de pessoas é tutelado pelo Estado no desenvolvimento de suas aptidões e na vivência de seus direitos e outro grupo não, estar-se diante de uma discriminação institucional. Fere-se diretamente o que seria um pilar do paradigma de Estado atual, qual seja, a igualdade em sua acepção material. A não proteção de maneira equivalente a todos os cidadãos no exercício de seus direitos – especialmente quando é notório que esta se baseia em uma postura preconceituosa por parte de determinado poder estatal – contraria a igualdade material (BOAVENTURA SANTOS, 2000) enquanto necessária realidade social e princípio constitucional.

Com isso, a não atuação estatal – no caso do Poder Legislativo em primeiro momento – deve ser corrigida pela aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido da promoção de uma defesa eficiente. É dever do Estado a proteção das pessoas no exercício de seus direitos, e isso significa a garantia de segurança adequada. A proteção deficiente contraria a Constituição, à medida que, o texto traz a necessária punição efetiva e o combate a condutas que sejam atentatórias a direitos fundamentais. Como bem colocado por Maria Luiza Streck,

“O Estado Democrático de Direito não exige mais somente uma garantia de defesa dos direitos e liberdades fundamentais contra o Estado, mas, também, uma defesa contra qualquer poder social de fato. Pode-se concluir, então, que o desenvolvimento dos direitos fundamentais como direitos de necessária e obrigatória proteção surgiram como um desdobramento na concepção da noção de proporcionalidade: a infraproteção passaria a ser também objeto de inconstitucionalidade. Isso quer dizer que, nesse novo paradigma, o legislador está obrigado pela constituição a agir em determinadas situações, protegendo determinados interesses. (2009)”.

Em consonância com os ensinamentos da autora supracitada, a não atuação do Estado na busca pela efetiva proteção de grupos que estejam em situação de insegurança gera inconstitucionalidade. Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal tem o dever institucional de atuar no sentido de promover tal proteção. Trata-se de compreender que os direitos fundamentais em sua acepção negativa, protege o indivíduo do Estado, enquanto em sua acepção positiva impõe a esse o dever de proteger o indivíduo contra atores privados, quando diante de uma situação de violência (STRECK, 2009).

Importante ressaltar que, mesmo quando se analisa a criminalização da homotransfobia sob a ótica da teoria do Direito Penal mínimo, não se está diante de uma contradição. Segundo a teoria supracitada, o Direito Penal deve se responsabilizar de bens jurídicos relevantes – aqueles que merecem a tutela penal – quando os demais ramos do direito não conseguem empregar a proteção adequadamente (NUCCI, 2010). No caso da homotransfobia, tentativas de outros ramos do Direito – como o Direito Civil na promoção desses indivíduos, ou o Direito Administrativo quando da multa a estabelecimentos que pratiquem alguma espécie de discriminação – não se mostraram suficientes no combate a violência, haja vista que, os números não diminuiram.

O bem jurídico em questão é da mais alta relevância, afinal trata-se da vida e da liberdade da população LGBT. O que está em jogo é o exercício de direitos fundamentais de maneira efetiva e razoável. Deste modo, impossível outro entendimento que não o de que dentro da teoria do Direito Penal Mínimo, a criminalização da homotransfobia é um dever do Estado e uma ação totalmente razoável dentro da moderna compreensão do Direito Penal e principalmente em atendimento a Constituição Federal e a todos os Tratados Internacionais – principalmente que versam sobre Direitos Humanos – dos quais o Brasil é signatário.

#### **4 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26**

No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o mandado de injunção coletivo nº 4.733 impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Travestis – ABGLT,

cujo conteúdo pedia ação da Corte no sentido de fixar um prazo para que o Congresso Nacional criminalizasse a homotransfobia. Com relatoria do Ministro Edson Fachin. Foi julgada também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO de número 26, que foi relatada pelo Ministro Celso de Mello. Como resultado, além de considerar o Congresso Nacional em mora inconstitucional pela ausência de edição de norma que incrimine atos atentatórios a dignidade dessas pessoas, efetivou-se a criminalização das condutas LGBTfóbicas

A ação tratava da criminalização da LGBTfobia sob duas perspectivas: enquanto espécie do gênero racismo e enquanto defesa de direitos e garantias fundamentais. Em ambos os sentidos o recurso hermenêutico se sustenta e torna necessária a atuação do Supremo Tribunal Federal frente a omissão clara por parte do Poder Legislativo. Não se estava diante de ativismo judicial, mas de ação judicial conforme a competência do órgão julgador, haja vista que, é dever da Corte zelar pelo adequado cumprimento da Constituição, logo, o que se tem é uma ação esperada do Tribunal respeitando perfeitamente a separação dos poderes e o direcionamento da Constituição. Ressalte-se ainda a função contra majoritária realizada pelo Supremo em sua função jurisdicional.

A inércia do Poder Legislativo em criminalizar a homotransfobia – especialmente considerando que tal fato se dá em razão de movimentos fortemente influenciados pela denominada bancada conservadora/religiosa do Congresso – caracteriza ato incompatível com o exercício parlamentar. Não pode ser permitido a um poder da República, por atos que contrariam inclusive a própria ideia de um Estado Democrático de Direito, que tem a laicidade enquanto princípio, frustrar direitos fundamentais de determinados grupos. A Constituição ao estabelecer a criminalização a qualquer ato discriminatório é taxativa e, portanto, impõe enquanto comando a prática em questão. Como assevera Miguel Calmon Dantas,

“O dirigismo constitucional se caracteriza justamente pela existência de imposições constitucionais derivadas de normas programáticas que atribuem tarefas ou fins para os Poderes Públicos. Na condição de normas jurídicas, delas resultam uma ampla gama de efeitos, estando também o legislador a elas sujeito, advindo para ele o dever de legislar, cuja inércia deliberada redundaria em inconstitucionalidade por omissão (2009).”

Conforme apresentado, o controle de constitucionalidade é um dos fundamentos essenciais da abordagem contemporânea adotada pelo Judiciário. Essa atividade se refere à análise da conformidade e adequação de uma lei ou ato do poder público em relação à Constituição (CUNHA JR, 2011). Tal controle é um resultado intrínseco da primazia do texto constitucional e, no contexto brasileiro, se manifesta em razão da rigidez da Constituição.

“O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados. (CUNHA JR, 2011, p. 263)”

Esse controle, por sua natureza, demanda a presença de uma instituição que tenha a competência para sua realização. No contexto brasileiro, desde a primeira constituição republicana, que incorporou considerável influência da doutrina americana em relação ao controle de constitucionalidade, cabe ao Poder Judiciário a responsabilidade de garantir que as leis e atos da administração pública estejam em consonância com a constituição.

“Por influência da doutrina da judicial review norte-americana, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 previu o controle judicial da constitucionalidade das leis. [...] Em suma, no Brasil, somente a partir da Constituição de 1891 é que o Poder Judiciário passou a titularizar a competência para exercer um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, porém sob influxo do modelo “americano” da fiscalização difusa, incidental (por via de exceção ou de defesa) e sucessiva da constitucionalidade dos atos normativos em geral do poder público, que perdurou nas Constituições posteriores até a vigente. (CUNHA JR. 2011, pp. 300. 301)”

De qualquer forma, considerando a vasta gama de competências e instrumentos relacionados ao controle da constitucionalidade, esta pesquisa se concentrará de maneira mais aprofundada em dois deles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI).

“No constitucionalismo brasileiro pós-88, o princípio da força normativa se encarnou em dois institutos desenhados para dar consequências jurídicas ao dever estatal de implementação das normas de eficácia limitada, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. (RAMOS, 2014, p. 2891)”

A atuação do Supremo Tribunal Federal tem se tornado cada vez mais comum na resolução de questões sociais e políticas. Dentro de suas competências, ao decidir sobre instrumentos que buscam corrigir omissões legislativas inconstitucionais, em algumas ocasiões, o tribunal assumiu um papel semelhante ao do Poder Legislativo.

Em junho de 2019, após seis sessões realizadas ao longo de quatro meses, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão significativa e controversa. A corte reconheceu a omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não haver criado uma lei que criminalizasse a homotransfobia. As discussões surgiram a partir do protocolo de duas ações: 1) Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão 26/DF, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS); 2) Mandado de Injunção 4733/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT).

O fundamento principal de ambos os pedidos girava em torno da suposta mora do Congresso Nacional para editar lei que incriminasse atos atentatórios contra integrantes da comunidade LGBT. Solicitaram a definição de um prazo razoável para que o Congresso Nacional aprovasse uma legislação que trate da criminalização de atos de homofobia e transfobia. Caso o Legislativo continuasse inerte, pediram que o próprio Superior Tribunal Federal classificasse essas práticas como crimes específicos, realizando uma atividade legislativa atípica, utilizando-se da analogia com os termos da Lei de Racismo (Lei n. 7.716/89) ou de alguma possível nova legislação que a substitua. Além disso, pleitearam a responsabilização civil do Estado pela falta de ação na reparação das vítimas de homofobia e transfobia.

Deste modo, o Supremo Tribunal Federal apenas exerceu seu papel devidamente, agindo no sentido de coibir tais práticas e efetivar o comando da carta política. Na mesma medida que existem limites a discricionariedade do Congresso Nacional, para o Supremo Tribunal Federal tal regra se impõe de maneira ainda mais relevante. Exatamente por ser esta a Corte Constitucional Brasileira, a submissão a Constituição e a luta diária por sua efetivação é da essência – ou pelo menos deveria ser – da casa em questão. O não conhecimento por parte do Supremo Tribunal Federal no julgamento em questão seria uma negativa na promoção de proteção adequada à população LGBT. Atendendo ao princípio da proporcionalidade em seu viés da proteção devida, uma população em situação especial de violência exige do Estado ação que promova na mesma medida, garantia adequada.

Portanto, parece claro que a ideia de que o Estado deve empregar seus esforços no sentido de garantir a proteção adequada – que se consubstancia em uma proteção efetiva – é um pressuposto do atual paradigma de Estado, bem como um dever de todos os poderes da República. Os cidadãos LGBT's tem sofrido sistematicamente com a violência que lhes é empregada em razão da orientação sexual e/ou identidade de gênero, e mesmo havendo uma série de caminhos dentro do Direito e seguindo os comandos nada ou muito pouco é feito no sentido de garantir minimamente essa parcela da população.

## **5 CONCLUSÃO**

Analisando a conduta do Estado Brasileiro frente a população LGBT é claro uma postura de omissão e descaso para com essa parcela da população. Tal preconceito institucional se materializa na omissão por parte do Poder Legislativo que simplesmente se nega a trazer de maneira séria para o debate o tema relativo à criminalização da homotransfobia. Isso apesar de o país possuir números que demonstram haver uma verdadeira e intensa perseguição a essas pessoas.

Seja pela via da colocação da homotransfobia enquanto uma espécie do gênero criminal racismo – e, portanto, fazendo incidir sobre a conduta o rigor que a lei prevê para tal ato – ou pelo direito a proteção devida de direitos fundamentais – aqui a segurança enquanto um direito fundamental e também enquanto caminho para o exercício real de outros direitos e garantias básicas – trata-se de uma necessidade e um comando constitucional, não cabendo ao arbítrio dos poderes do Estado simplesmente negligenciar tal questão.

A manipulação da máquina pública para atender a anseios de grupos determinados sem considerar o bem estar da sociedade de modo geral e o que preconiza a lei é algo inaceitável num Estado que se diz democrático e de direito. Cabendo, necessariamente, ao Supremo Tribunal Federal atuar em sua função contra majoritária, garantindo assim os direitos de parcelas da sociedade que são historicamente marginalizadas e violentadas.

Negar a violência diária sofrida pela comunidade LGBT, não criminalizando tal conduta de maneira específica é contrariar a Constituição e fechar os olhos para os fatos. Trata-se da manutenção de preconceitos calcados em uma conduta social naturalizada e discriminatória, o que contraria o Ordenamento Jurídico atual e coloca em risco constante parte da população. O Supremo Tribunal Federal não está diante de uma possibilidade e sim de um dever.

No caso em questão, observa-se que a natureza da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conhecido como o da criminalização da homotransfobia, é claramente ativista. No entanto, essa postura ativista do Supremo Tribunal se justifica pela omissão legislativa – que ao falhar em criar uma norma regulamentadora para proteger certa parcela da sociedade – constitui por si só uma violação aos princípios constitucionais fundamentais do estado democrático de direito.

A decisão reflete uma tendência contra majoritária e é representativa da Suprema Corte que, à luz dos princípios constitucionais, ainda que de forma gradual, avança na trajetória em busca da efetivação dos direitos humanos essenciais.

## REFERÊNCIAS

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção. EMENTA. MI 4733. Relator ministro Edson Fachin, Brasília, 10 de maio de 2012. Acesso em: 06 nov. 2024.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público, Controle de Constitucionalidade, Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. ADO 26. Relator ministro Celso de Mello, Brasília, 2019. Acesso em: 06 nov. 2024

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONNELL, Robert W. MESSERSCHIMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: Masculinidade hegemônica. Revista Estudos Feministas 21 (1):424. Florianópolis. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Saraiva, 1995.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade. 1ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2009

DIAS, Maria Berenice. União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

FERREIRA, Mariah Brochado. GARCIA, Luiz Carlos. Violências contra a mulher: da condição de gênero à subalternidade política. Revista Jurídica da Presidência. v. 26 n. 138. p. 202-228. <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2024v26e138-2909>. Jan/Abr. 2024

GARCIA, Luiz Carlos. Quando você se descobriu hétero? Gênero, sexualidade e naturalização. Ed. CRV. Curitiba, 2023.

G1. O mapa da homofobia no estado de São Paulo. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/sao-paulo/2017/o-mapa-da-homofobia-em-sp/>> Acesso em: 01 jul 2017.

KORIN, Daniel. Nuevas perspectivas de género en salud. Revista Adolescencia Latinoamericana. Volume 2. Nº 2.2001.

MARINHO, Karoline Lins Câmara. A colisão entre direitos fundamentais e sua solução no caso “siegfried ellwanger” julgado pelo STF. Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 201 – 236 – jul/dez 2007.

MOREIRA FILHO, Francisco Carlos, MADRID, Daniela Martins. A homossexualidade e a sua história. ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, Vol. 4. 2008.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Método, São Paulo, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª Edição. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010.



ROSENVALD, Nelson. FARIA, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB. 15ª edição. Ed. Juspodivm. São Paulo, 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth. PLON, Michel. Dicionário de psicanálise. Jorge Zahar. Rio de Janeiro, 1998.

SALIH, Sara. Judith Butler e a Teoria Queer. Tradução de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SANT'ANA, Antônio Olímpio de. História e conceitos básicos sobre o racismo e seus derivados. In: MUNANGA, Kabengele (org.). Superando o racismo na escola. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Ed. Cortez. São Paulo, 2000.

SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. Gênero: uma categoria útil para análise histórica. Revista Educação e Realidade. 1998.

STRECK, Maria Luiza Schafer. Direito Penal e constituição. A Dupla Face da Proteção de Direitos Fundamentais. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas corpus 82.424/RS. Relator: Ministro MOREIRA ALVES. Redator para acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 17/9/2003, maioria. Diário da Justiça, 19 mar. 2004.

TAVARES, Fernando Horta; SOUZA, Iara Antunes de; FERREIRA, Isaac Espíndola Vitorino; BONTEMPO, Tiago Vieira. Apontamentos para o reconhecimento das uniões homossexuais face ao paradigma do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000200005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322010000200005&script=sci_arttext) > Acesso em 01 jul. 2022.

VIEIRA, Helena. Teoria Queer, o que é isso? Disponível em: <[www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/](http://www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/)> Os entendidos. 2013. Acesso em: 02 jul. 2022.

Esse processo de reflexão sobre a experiência é que torna para o participante da pesquisa um ponto de ressignificação de suas práticas e experiências, permitindo a saída do espaço íntimo de suas concepções para a reflexão ativa, a partir de uma ação de pensar sobre a vivência anterior (SANTOS, 2017, p. 28).

A interação, para posterior captura de narrativas de cada surdocego participante desta pesquisa, aconteceu de forma distinta e única. Neste caminhar investigativo penso retrospectivamente sobre o que passou e as experiências que levarei ao longo da minha vida (VILELA, 2018, p. 26).

[...] momentos de reflexões referentes ao conhecimento matemático e escolar deste trabalho de formação dos alunos/participantes do Ensino Fundamental e nesse sentido, os alunos/participantes avaliam seu percurso formativo e os conhecimentos escolares e de si mesmos, elaborando um saber matemático da experiência formativa vivida (MORAES, 2018, p. 69).

O objetivo específico gira em torno de explicitar o papel do professor na construção de práticas mais efetivas e nas transformações dos alunos e dos professores envolvidos no processo. Outro objetivo específico é de descrever a experiência de implantação e desenvolvimento do Programa Municipal de Justiça Restaurativa da Secretaria Municipal de Educação da cidade de Santos, Estado de São Paulo (SANTOS FILHO, 2019, p. 20).

A aplicação das entrevistas, como método de pesquisa e como modo de abordagem, (...), tem como pressupostos compreender e interpretar o processo formativo dos estudantes a partir das expectativas de aprendizagem dos ingressantes e das experiências, trajetórias e (re)significação dessa aprendizagem pelos concluintes dos CST15. (BORREGO, 2020, p. 30)

Deve-se ater à compreensão do aluno, aos relacionamentos interpessoais, ao conteúdo pedagógico e ao uso de tecnologias a que possivelmente os pais não estavam habituados. Há urgência em tornar o ensino-aprendizagem em consonância com a experiência de vida dos aprendizes e aprendentes (JACOPUCCI, 2021, p.11).