

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FACULDADE DE DIREITO

FELIPE VIEIRA DE SOUSA

A EQUIPARAÇÃO DA LGBTQFOBIA AO CRIME DE RACISMO

São Paulo

2020

FELIPE VIEIRA DE SOUSA

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edson Luz Knippel

São Paulo

2020

FELIPE VIEIRA DE SOUSA

A EQUIPARAÇÃO DA LGBTQFOBIA AO CRIME DE RACISMO

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Quero dedicar este trabalho a comunidade LGBTQI+ como um todo e principalmente para cada criança ou adolescente que acha que não terá direitos ou uma vida segura por ser diferente, realizar seus sonhos é completamente possível, não será fácil, mas vocês não estão sozinhos nesta luta.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer em primeiro lugar a Deus, tudo que eu tenho hoje foi fruto de muita fé nele, e tenho certeza de que ele sempre esteve comigo me dando força e sabedoria para passar por todas as turbulências advindas de ser bolsista pelo ProUni e que morar distante da faculdade me trouxeram.

Em segundo lugar gostaria de agradecer aos meus pais Marcos Antônio de Sousa e Rita Maria Vieira de Sousa, são as duas pessoas que eu mais amo e admiro nessa vida, vindos de origem humilde no nordeste, lutaram com todas as forças mesmo com todas as dificuldades para que eu pudesse estar onde estou hoje realizando meu sonho de me formar no Mackenzie, eles me aceitaram com totalidade e torceram desde sempre pela minha felicidade em qualquer carreira que eu escolhesse. São meus modelos de valores morais e de respeito ao próximo e eu espero poder continuar dando orgulho para eles pelo resto da minha vida.

Ao meu tio Neudivan, a minha tia Núbia, as minhas avós Irene e Candeia, por terem auxiliado minha família durante meu nascimento enquanto meu pai não tinha condições financeiras, hoje minha família tem tudo que necessita mas no momento de precisão eles estiveram ao nosso lado dando apoio incondicional. Ao meu tio Márcio por ter sido a minha primeira referência LGBTQI+, ajudou a formular muito da minha personalidade e do meu apreço por essa cultura.

As minhas irmãs Daniela e Giovana se eu cheguei aonde estou hoje é por conta do apoio delas que sempre acreditaram no meu potencial e me incentivaram a alcançar os sonhos mais altos.

Ao VMASC instituição sagrada, e todos os meus companheiros de time que me forneceram uma família dentro do Mackenzie, que me ajudaram de todas as formas possíveis e imagináveis, que me ensinaram o valor da vida e me possibilitou conhecer pessoas como meu técnico Douglas que sempre me fez extrair o melhor de mim, e meus veteranos Renato Renatini, Armando Neto, Fábio Catta, Ricardo Pelisser, Gabriel Hussid e Fabio Lee que me ensinaram a amar cada segundo ao lado dessas pessoas. E principalmente ao melhor presente que o VMASC foi capaz de me dar, um amigo para chamar de irmão Lucas Cerqueira, que abriu a porta da casa dele e me recebeu como um morador e passamos a dividir tudo inclusive o prato de comida.

E o que seria dessa jornada sem amigos, muito obrigado aos meus amigos de longa data, principalmente Larissa Silva, por me ensinar que eu poderia me amar e me aceitar do jeito que eu nasci quando eu mesmo não acreditava nisso, a Pietra Almeida por cada palavra

de conforto que me deu, por cada incentivo e por acreditar no meu potencial até mesmo quando eu não acreditava.

A Atlético João Mendes Júnior e ao Redfox Cheerleading Team, por fazerem parte desses 5 anos de curso, e me proporcionarem momentos incríveis.

Sou muito grato a cada pessoa que fez parte da minha jornada, professor, amigos, família, a cada um que teve uma participação ainda que pequena para que eu alcançasse esse tão almejado sonho.

“Nossa maior força está no nosso amor pela vida e pelas cores, pela beleza e pela música, pela dança e pela alegria. Essa é a nossa arma secreta! É algo que a oposição não tem. Mantenham essas coisas perto de seus corações, porque em tempos de guerra, isso irá sustentá-los.” – RuPaul

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no. 26 e do Mandado de Injunção n° 4733, realizados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2019, onde crimes motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero real ou presumida da vítima, passaram a ser julgados com base na Lei 7.716/89. Nesse sentido que se pesquisa a equiparação da LGBTQfobia a um gênero do racismo e os precedentes apresentados pela Corte Suprema para tanto. Além disso, é escopo também analisar a criminalização específica de delitos praticados contra a comunidade LGBTQI+, bem como a necessidade social de uma proteção efetiva do Direito Penal como *ultima ratio* para esse grupo minoritário. É apresentado um breve contexto histórico do preconceito, bem como um panorama de como essa equiparação tem se apresentado um ano após declaração.

PALAVRAS CHAVES: (LGBTQfobia; Equiparação; Criminalização; Racismo.)

ABSTRACT

This article aims to analyze the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission no. 26 and Injunction Warrant No. 4733, accomplished by the Federal Supreme Court in 2019, where crimes motivated by sexual orientation or real or presumed gender identity by the victim, started to be judged based on Law 7.716/89. Seen in these terms, researching the equivalence of LGBTQphobia to a gender of racism and the precedents submitted by the Supreme Court for this purpose. In addition, the scope is also an analysis of a specific criminalization of the crimes committed against the LGBTQI + community, as well as the social need for effective protection of the minority group by Criminal Law as the ultimate ratio. A brief historical context of the prejudice is presented, as well as an overview of how this assimilation has been presented a year after the declaration.

KEY WORD: (LGBTQphobia; Assimilation; Criminalization; Racism.)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. Capítulo 1 – Equiparação ao Racismo.....	13
2. Capítulo 2 – Da Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão nº26.....	18
3. Capítulo 3 – Do Mandado de Injunção nº 4733.....	25
4. Capítulo 4 – Da necessidade social e da aplicação pós equiparação.....	35
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

No ano de 2019 foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733 que equiparou para fins jurídicos a LGBTQfobia ao racismo, e com isso consagrou o entendimento de que, provisoriamente, até a criação de legislação específica pelo Congresso Nacional, os crimes cometidos contra os LGBTQI+ serão julgados de acordo com a Lei nº 7.716/89.

As ações utilizam o termo homotransfobia, entretanto, para fins de inclusão e de maior amplitude, para deixar claro que a criminalização é para delitos cometidos contra toda a comunidade LGBTQI+, adotaremos o termo “**LGBTQfobia**” para representar o mal que a criminalização deve coibir, ou seja, os crimes motivados pelo ódio ou aversão contra orientação sexual ou identidade de gênero reais ou presumidas da vítima. Ademais, é importante salientar algumas noções básicas que serão melhor desenvolvidas posteriormente, dentre elas, a identidade de gênero, que implica no gênero com o qual a pessoa se identifica, quando divergente do seu sexo biológico, essa pessoa é transgênero, quando ela se identifica com o sexo biológico, é cisgênero; e a orientação sexual, que consiste em por quem as pessoas vão se atrair afetivamente, se for pelo mesmo gênero, homossexual ou lésbica, se for por gênero diferente, heterossexual, e se for por ambos, bissexual.

Busca-se entender, ao longo do trabalho, se o escopo criminalizador atribuído a ordem de legislar presente na Constituição Federal apresentado por ambas as ações, tem real validade compreendendo o papel de *ultima ratio* desempenhado pelo Direito Penal, bem como a incapacidade das demais legislações (administrativa, cível etc.) em proteger os direitos dessa comunidade.

Além disso, haverá uma análise dos conceitos de racismo adotados pelas peças, e os posicionamentos da Corte Suprema adotados em outros casos, como a ideia de que o racismo se resume a sobreposição da vontade, cultura, formas de agir de uma maioria em detrimimento de uma minoria. As pessoas LGBTQI+, como minoria, estariam sendo sobrepostas pelo modelo estabelecido como padrão pelos heterossexuais cisgêneros, conceito esse adotado pelo Supremo para equiparar a LGBTQfobia ao crime descrito na Lei antirracismo.

É escopo do trabalho buscar compreender se a decisão do Supremo Tribunal Federal, contida dentro do ativismo judicial, consiste em uma usurpação da função do Congresso Nacional. Em outras palavras, se configura uma invasão do Poder Judiciário no Poder

Legislativo ou apenas um apontamento da mora do Poder Público em legislar para garantir a proteção efetiva dos direitos fundamentais da comunidade em questão.

Será apresentado um breve contexto histórico da LGBTQfobia, buscando investigar a necessidade social de uma criminalização, e como a equiparação se apresentou no contexto jurídico e social neste um ano transcorrido desde a decisão do Supremo.

Capítulo 1 - Equiparação ao Racismo

A equiparação da LGBTQfobia ao crime de Racismo foi fruto de duas ações distintas, o Mandado de Injunção nº4733 e a Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão nº26, propostas ao STF – Supremo Tribunal Federal pelo PPS – Partido Popular Socialista e pela ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros. Essas ações com fulcro na omissão do Congresso Nacional, bem como na necessidade social da comunidade LGBTQI+, visavam respaldo da lei que até então não lhes era ofertado, equiparando para fins jurídicos os crimes motivados por ódio contra homossexuais, transexuais, bissexuais, queer etc. a tipificação do crime de Racismo ordenado pela Lei nº 7.716/1989.

De início, é preciso definir os conceitos de orientação sexual e de identidade de gênero, tomaremos como norte os Princípios de Yogyakarta que define a orientação sexual como a “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas”(1), e a identidade de gênero é:

“a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.(2)

A orientação sexual trata do gênero pelo qual a pessoa se atrai, sendo por gênero diferente os heterossexuais, por gêneros iguais os gays (homens cis ou trans que se atraem por outros homens) ou lésbicas (mulheres cis ou trans que se atraem por outras mulheres), ou por ambos os gêneros que são bissexuais (pessoas que se atraem pelos dois gêneros), entre outras orientações listadas. Já a identidade de gênero consiste no gênero com o qual a pessoa se identifica, podendo ser tanto masculino quanto feminino, nenhum dos dois (agêneros), ou ambos os sexos (intersexuais) e ela independe do sexo biológico (dado ao nascimento).

Em um primeiro momento abordaremos a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO) proposta pelo PPS que tinha como objetivo principal comprovar que o Congresso Nacional estava omissos perante as questões de crimes motivados por LGBTQfobia.

A Ação Direta por Omissão está positivada no artigo 103, inciso VII e possui regulamentação dada pela Lei nº 9.868/99, e tem como objetivo fundamental a materialização

do comprimento eficaz de direito já garantido, porém sem regulamentação, ou seja, para que esta medida seja implantada é necessário que seja confirmada a existência de uma norma de garantia constitucional limitada que ainda não tenha sido contemplada com uma lei específica que garanta seu cumprimento. No caso da ADO n° 26, especificamente, a norma constitucional limitada apontada pela parte é o artigo 5º, incisos XLI, XLII e LIV da Constituição Federal.

Conforme trazido pela inicial, há uma ordem constitucional de legislar criminalmente advinda desse dispositivo, tendo em vista que qualquer tipo de ação LGBTQfóbica pode ser enquadrada como racismo, para tanto o racismo é definido como toda e qualquer forma de inferiorização de uma minoria por parte de uma classe predominante, nesse caso haveria uma opressão clara dos heterossexuais cisgêneros (pessoa que se identifica com o gênero biológico) contra a minoria LGBTQI+. Aponta ainda a necessidade de reconhecimento do princípio da proporcionalidade na acepção da proibição de proteção deficiente, que demanda ação ativa do estado para garantia da segurança da comunidade LGBTQI+, principalmente pelos demais ramos do direito como o administrativo (nas cidades que possuem lei para tanto) não terem demonstrado eficácia no cumprimento desse direito fundamental.

A outra ação direcionada ao Supremo foi um Mandado de Injunção registrado sob o n° 4733, ele está descrito no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal e consiste em um remédio constitucional, individual ou coletivo, que assim como o ADO visa demonstrar ao Poder Legislativo a ausência de norma que possa regulamentar o cumprimento específico de uma garantia constitucional. No entanto, a principal diferença entre as duas ações é que o Mandado de Injunção tem controle difuso de constitucionalidade e pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica que seja vítima dessa ausência de norma, enquanto a ADO possui controle concentrado e pode ter como polo ativo somente aqueles que estão presentes no artigo 103 da Constituição.

O Mandado de Injunção n° 4733 busca efeitos coletivos, mas aborda especificamente a ausência de norma reguladora no que concerne as garantias constitucionais já citadas pelo ADO, sem entrar profundamente no mérito da mora do Poder Legislativo, ou da equiparação a Lei n° 7.716/1989, ele visa obter a criminalização por meio de lei específica da homofobia e da transfobia, das ofensas individuais ou coletivas, dos homicídios, das ameaças, agressões ou discriminações motivadas pela identidade de gênero ou pela orientação sexual das vítimas.

O Supremo Tribunal Federal, após um debate de três meses, em votação de oito a três e dez a um, entendeu pela equiparação e reconheceu a mora do Congresso Nacional em

legislar sobre o assunto, embora o Senado tenha apresentado documento que demonstrava existência de dois projetos de lei em curso, um voltado para inclusão do preconceito contra a identidade de gênero e orientação sexual na Lei de Racismo, e outro para inserção das transexuais na Lei Maria da Penha, Celso de Mello relator do ADO nº26 em concordância com Edson Fachin, relator da MI nº4733, declarou que a existência de projetos de lei em análise não descaracterizava a mora do Congresso, e destacou ainda que caso o Senado aprovasse os projetos em questão, eles ainda teriam que passar pelo crivo de outra casa, bem como do Presidente da República e que nada garantia que o mesmo os tornaria Lei.

É importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal, anos atrás, já havia aberto um precedente que corroborava com a presente decisão, quando denegou a ordem ao *habeas corpus* nº 82.424 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger condenado em sede recursal pelo crime de antissemitismo. O impetrante se apoiava na tese de que os judeus não são uma raça, então o crime de antissemitismo não se enquadraria como racismo, mas o STF denegou a ordem reconhecendo a equiparação:

“A construção da definição jurídico-constitucional do termo “racismo” requer a conjugação de fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram a sua formação e aplicação. O crime de racismo constitui um atentado contra os princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência.”(3)

O plano de fundo social que tange essa discussão no campo jurídico é pautado pelas discussões relacionadas a violência cometida contra a comunidade LGBTQI+. Isso é usado como justificativa para a ação do Supremo Tribunal Federal, não se tratando de uma interferência do mesmo na jurisdição do Poder Legislativo conforme dito pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, mas sim de uma resposta a uma necessidade social que pode ser vista através da violência anteriormente citada:

"O STF não está violando o princípio da reserva legal nem criando uma figura penal. Está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo", [...] "aumenta a autoestima destas minorias e lhes conforta, dá sensação de pertencimento à sociedade".(4)

Todavia diferentemente de Fux, Marco Aurélio destacou que ao realizar essa extensão da Lei de Racismo, o STF estaria tomando para si uma função pertencente ao Congresso Nacional:

"Ao fazer isso, a delimitação do alcance da lei não estaria vinculada à lei em sentido estrito mas ao subjetivismo dos magistrados, com prejuízo à tão almejada segurança jurídica"[...]A eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero há de se dar na esfera própria, não no plenário do Supremo, não podendo esta omissão ser suplantada pela extensão da lei em vigor."(5)

O Catraca Livre veículo de mídia da internet, divulgou, em 17 de maio de 2017, uma pesquisa realizada pelo Grupo Gay da Bahia que registrou 445 homicídios de LGBTQI+ naquele ano, além de constatar que 1 membro dessa comunidade morre cada 19 horas, Luiz Mott, fundador do GGB, declarou:

“Tais números alarmantes são apenas a ponta de um iceberg de violência e sangue, pois, não havendo estatísticas governamentais sobre crimes de ódio, esses dados são sempre subnotificados já que nosso banco se baseia em notícias publicadas na mídia, internet e informações pessoais”.(6)

Em novembro de 2018, o jornal O Globo, por meio de uma notícia, apresentou uma pesquisa da *ONG Transgender Europe - TGEU* na qual fica comprovado que o Brasil é o país que mais mata transexuais no mundo, embora os números trazidos pela pesquisa sejam somente estimativas por não haver essa identificação em boa parte dos homicídios de transexuais. O jornal traz ainda a Doutora em Demografia pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Jackeline Romio que em suas palavras declara “A partir do momento que os registros especificarem as vítimas por identidade de gênero, número de mortes vai aumentar”.(7)

É inegável que a criação de lei específica que criminalize tais condutas vai trazer consigo essa especificação. Entretanto, é possível que com ela venha também a redução desses números, pois conforme pesquisa divulgada pelo GGB, em 2019, houve uma queda de 26% do número de homicídios da população LGBTQI+ com relação aos anos anteriores. O coordenador da pesquisa Domingos Marcelo Oliveira declarou que a equiparação pode ter inibido potenciais assassinos.(8)

É importante destacar ainda que estes números transcendem ao campo da violência física e passam ao campo da violência psicológica. De acordo com a revista *Pediatrics* um LGBTQI+ tem seis vezes mais chance de cometer suicídio do que uma pessoa heterossexual cisgênero.(9) O Grupo Gay da Bahia, embora enfrente o mesmo problema de falta de especificação como nos casos de homicídio, realizou pesquisa constatando um aumento de 284% de 2016 para 2018 nos casos de suicídio.(10)

Dessa forma, é possível identificar a materialização do preconceito contra a comunidade LGBTQI+, e, portanto, a necessidade da mesma em obter garantias palpáveis de seus direitos fundamentais, destacando ainda a importância da existência de pesquisas que identifiquem com maior precisão os crimes motivados por preconceito, e com isso a melhor forma de diminuir esses números, seja com políticas de punição ou de prevenção.

Capítulo 2 - Da Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão nº 26

É preciso ter clara a funcionalidade da Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão (ADO), Pedro Lenza a define como: “A ADO visa combater uma doença, denominada pela doutrina como síndrome da inefetividade das normas constitucionais.”(11), o que nos leva a crer que tal ação é um remédio constitucional de controle concentrado que tem como objetivo garantir a execução eficaz de um direito constitucional que necessita de norma infraconstitucional (legislação própria) para ser eficaz, a omissão pode ser total ou parcial, no caso em questão, os direitos fundamentais relacionados a proteção da comunidade LGBTQI+.

O Partido Popular Socialista – PPS foi o responsável pela proposição da Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão nº 26 em face do Congresso Nacional Brasileiro por omissão parcial e pela mora em garantir os direitos fundamentais que protejam efetivamente a comunidade LGBTQI+.

Logo nos primeiros parágrafos, a ação solicita o reconhecimento da existência de ordem constitucional de legislar e punir criminalmente, conforme disposto no art. 5º incisos XLI e XLII da Constituição Federal, e por força do dirigismo constitucional, o Estado na figura de legislador, possui a obrigação de criar mecanismos jurídicos para cumprimento daquilo que a Constituição já definiu como conveniente, nesse caso, a proteção de uma parcela da sociedade. Com relação a punição criminal é importante ter o conceito de ordem constitucional de legislar apresentado por Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que a define por “mecanismos de proteção dos direitos fundamentais”, e aduz também que “a relação entre os mandados de penalização e os direitos fundamentais não é fortuita; é de meio e fim. Os mandados existem em face dessa proteção”(12), ou seja, a relação entre a ordem e a punição criminal é direta, sendo necessária a ação do Direito Penal para criação de legislação que garanta eficaz proteção desses direitos fundamentais.

Em continuidade, essa ordem de legislar se atrela ao fato da LGBTQfobia consistir, segundo o peticionante, em uma espécie do gênero racismo, consoante já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwnger (STF, HC nº 82.424-4/RS), já abordado no presente trabalho, além disso ela também se enquadra no conceito de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, como direito fundamental à liberdade, pois os LGBTQI+ acabam sendo impedidos de realizar atos que não prejudicam terceiros; e o direito fundamental à igualdade, pelo fato da comunidade ser discriminada sem qualquer justificativa lógica-racional.

Esse posicionamento é adotado também por Guilherme de Souza Nucci que em suas palavras:

“Portanto, raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também a um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou SOCIAL. Raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou COMPORTAMENTOS COMUNS, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo ou um conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, HOMOSSEXUAIS discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados um GRUPO RACIAL. [...] Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. [...] Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista, voltado a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras. [...] Logo, ser ateu, HOMOSSEXUAL, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis.”(13)

Guilherme Nucci, com esse conceito de raça reforça a equiparação trazida na ação, pois entende que o racismo é nada mais que a exclusão de determinado grupo social em face de outro, ainda que ele cite apenas os homossexuais em sua analogia, fica claro que podemos expandir este conceito para contemplar também os bissexuais, as lésbicas, os transexuais ou qualquer outro membro deste grupo social. Desta maneira, a exclusão da comunidade LGBTQI+ da sociedade pode ser enquadrada no conceito de racismo e portanto equiparada a tal para fins legislativos. Essa conclusão pode ser ainda mais fundamentada com o trecho à seguir:

“9. Racismo: é o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos,

merecedores de vivência distinta. Racista pode ser tanto o sujeito integrante da maioria de determinado grupo contra qualquer indivíduo componente da minoria componente dessa comunidade, como o integrante da minoria, quando se defronta com alguém considerado da maioria. Se o racismo, como acabamos de expor, é, basicamente, uma mentalidade segregacionista, ele é capaz de percorrer todos os lados dos agrupamentos humanos. [...]” (14)

Diante disso, é possível compreender que o padrão heteronormativo cisgênero da sociedade é uma ideologia racista, por passar a ideia de comportamentos tidos como “padrões” e “superiores” em face das pessoas LGBTQI+ ou por qualquer outra pessoa que possua características ou costumes atribuídos a esta comunidade. É por essa razão que ao pedir a criminalização a Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão deixa clara que a proteção buscada é também para os heterossexuais cisgêneros que sejam vítimas de crime motivado por LGBTQfobia, pois eles neste caso estão sendo vítimas de racismo por terem características tidas como inferiores pela heteronormatividade padrão.

Essa afirmação nos leva a necessidade de conceituar e compreender a LGBTQfobia, que entendemos como todo e qualquer ato de preconceito, seja através de ataques físicos ou verbais, motivados pela orientação sexual ou identidade de gênero real ou presumida da vítima, esse posicionamento pode ser fundamentado também por Marco Aurélio Máximo Prado e Rogério Diniz Junqueira:

“O termo homofobia tem sido comumente empregado em referência a um conjunto de emoções negativas (aversão, desprezo, ódio, desconfiança, desconforto ou medo) em relação aos ‘homossexuais’. No entanto, entend-lo assim implica limitar a compreensão do fenômeno e pensar o seu enfrentamento somente com base em medidas voltadas a minimizar os efeitos de sentimentos e atitudes de ‘indivíduos’ ou de ‘grupos homofóbicos’. As instituições sociais pouco ou nada teriam algo a ver com isso. [...] Assim, além de empregado em referência a um conjunto de atitudes negativas em relação a homossexuais, o termo, pouco a pouco, também passou a ser usado em alusão a situações de preconceitos, discriminação e violência contra a comunidade LGBT. Passou-se da esfera estritamente individual e psicológica para uma dimensão mais social e potencialmente mais politizadora. Mais recentemente, verifica-se a circulação de uma compreensão da homofobia como dispositivo de vigilância das fronteiras de gênero que atinge todas as pessoas, independentemente de suas orientações sexuais, ainda que em distintos graus e modalidades. [...] As normas de

gênero costumam aparecer numa versão nua e crua da pedagogia do insulto e da desumanização. Estudantes, professores/as, funcionários/as identificados como ‘não heterossexuais’ costumam ser degradados à condição de ‘menos humanos’, mercedores da fúria homofóbica cotidiana de seus pares e superiores, que agem na certeza da impunidade, em nome do esforço corretivo e normalizador.” (15)

Podemos compreender que este preconceito está diretamente relacionado ao machismo da sociedade patriarcal, onde os LGBTQI+ estariam fugindo dos padrões socioculturais da sociedade “padrão”, ou seja, mulheres tendo atitudes tidas como masculinas, e homens tendo atitudes tidas como femininas, compreendidas como inferiores por esse tipo de sociedade e assim motivando os ataques a todo tipo de comportamento que foge do binarismo de gênero estabelecido como correto neste meio, essa posição é defendida também pelos autores:

“[OBS: vê-se, assim, que a homofobia e a transfobia têm sua origem no machismo heterossexista pautado no binarismo de gêneros, no sentido de que há profundo menosprezo e discriminação ao homem que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de masculinidade e à mulher que não se adequa ao que a sociedade espera em termos de feminilidade, que são conceitos puramente culturais (masculinidade e feminilidade)].” (16)

Portanto, podemos concluir que a LGBTQfobia consiste no preconceito, e/ou aversão a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, não binários, ou qualquer pessoa que seja entendida como diferente do padrão heteronormativo moldado pela sociedade patriarcal, seja na sua forma de falar ou em sua expressão de gênero.

O peticionante da Ação destaca a insuficiência da legislação não-criminal punitiva, por meio de leis administrativas, no combate a LGBTQfobia nos poucos Estados e Municípios que as possuem, e com isso aponta para o Supremo Tribunal Federal a necessidade da elaboração de legislação criminal punitiva para suprir tal insuficiência e garantir o princípio da proporcionalidade no que concerne a proibição de proteção deficiente, isso nos mostra a necessidade da criminalização específica das ofensas, tanto individuais, quanto coletivas de crimes (homicídios, agressões, discriminações, etc.) motivados pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou presumida das vítimas, ou seja, em qualquer crime que a motivação do réu seja reconhecida como LGBTQfobia, ele poderá ser punido, ainda que a vítima não seja realmente LGBTQI+, consoante a proibição deficiente,

Luiz Carlos dos Santos Gonçalves enfatiza a intervenção do estado para mudança deste cenário, em suas palavras:

“Dada a ordem constitucional, é possível ir ao Poder Judiciário para fiscalizar seu cumprimento ou omissão por parte do legislador e os termos em que, eventualmente, se deu o cumprimento. [...] Há adimplementos parciais dos comandos de criminalização, como se dá com a Lei dos Crimes Hediondos, com as leis de tóxicos e com o Código Penal e leis esparsas, que ainda não se deram conta de definir algumas discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, como o preconceito em razão da orientação sexual. A omissão, total ou parcial, pelo legislador, de cumprir esses mandados implica mora inconstitucional. [...] O Poder Judiciário poderá, acionado por Ação Direta de Inconstitucionalidade ou por Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ‘fixar as condições e o modo de interpretação e aplicação’ dos dispositivos já existentes, demonstrando, a partir daí, a mora inconstitucional em regulamentar ou regulamentar plenamente os mandados de criminalização existentes.” (17)

Ou seja, o cabimento da Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão, e do Mandado de Injunção para garantia de proteção eficiente é comprovado, pois configura uma intervenção do Estado para sanar a mora constitucional, bem como ausência de norma reguladora para exercício desses direitos, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, portanto, a ação do estado até mesmo para criação de leis penais, é válida pois está pautada em uma obrigação constitucional.

É apontado que quadro atual de violência contra a comunidade tem tornado faticamente inviável o exercício dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero das pessoas LGBT, para tanto apresenta uma pesquisa do Grupo Gay da Bahia que apresenta recordes nos números de assassinatos cometidos contra a comunidade LGBTQI+ nos anos de 2011 e 2012. (18) Ainda nesse campo é destacado o direito fundamental a segurança, que não estava sendo garantido pelos outros ramos do direito, fazendo necessária a intervenção do Direito Penal como *ultima ratio* para garantia efetiva do direito à segurança.

É nesse momento que a decisão do Mandado de Injunção nº 4733, “Por mais que a associação impetrante julgue tal proteção deficiente, a insatisfação com o conteúdo normativo em vigor não é motivo suficiente para o cabimento do presente mandado de injunção” (19), é classificada como “absurda”, pois se a proteção é falha, fica evidente a omissão

inconstitucional em efetivar uma proteção eficiente, portanto a ação do Supremo Tribunal Federal é indispensável.

Diante dos pontos apresentados, a ação solicita o reconhecimento da mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional Brasileiro em legislar criminalmente a respeito da LGBTQfobia, bem como a intimação do mesmo para providenciar a aprovação de lei respectiva que finde com este problema, e após o reconhecimento da mora que o Supremo Tribunal Federal fixe prazo de até um ano para que o Congresso elabore a referida legislação criminal, caso a referida corte considere a fixação de prazo dispensável, que reconheça nas palavras do peticionante:

“que o STF, corretamente, superou a exigência absoluta de lei para regulamentar tal tema como forma de se garantir a imperatividade jurídica positiva da respectiva ordem constitucional de legislar e a imperatividade da decisão da Corte sobre o tema, nada impede que supere também a exigência absoluta de lei para criminalizar de forma específica as ofensas (individuais e coletivas), os homicídios, as agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima.” (20)

Ou seja, ainda que o Congresso não tenha elaborado lei específica, o Supremo Tribunal Federal na sua posição de fiscal do cumprimento efetivo da Constituição Federal pode dar cumprimento à ordem constitucional de legislar para criminalizar a LGBTQfobia, sem que isso seja considerado uma usurpação da função do Congresso Nacional Brasileiro, principalmente tendo em vista que o mesmo já discute sobre o tema desde 2001 (Projeto de Lei nº 5.003/01) e até o presente momento não sancionou qualquer normativa específica para proteção dos direitos fundamentais da minoria em questão.

Podemos notar que a Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão trouxe duas razões (existência ordem constitucional de legislar e punir criminalmente e princípio da proporcionalidade no que concerne a proibição de proteção deficiente), uma material e uma formal, pela qual a mora inconstitucional deve ser reconhecida, além de apontar diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que demonstram que o mesmo deve ter uma posição favorável a criminalização da LGBTQfobia como por exemplo, os ADI nº 1.800 e 3.112 citados para demonstrar o reconhecimento do Supremo perante as proteções deficientes à sua população.

É importante pontificar que direitos como o casamento (Resolução nº 175/2013), adoção (Resp nº 889.852/RS), mudança de assento civil (ADin nº 4275), etc conquistados por essa minoria não substituem a falta de respaldo da lei para com essa parcela da sociedade,

configurando a ineficácia constitucional abordada pela Ação em questão, o que motivou também o peticionante a pedir que o Supremo responsabilize civilmente também o estado brasileiro a pagar multa às vítimas de LGBTQfobia enquanto a proteção almejada não seja entendida como eficaz.

O Supremo Tribunal Federal em sessão plenária presidida pelo Ministro Dias Toffoli, reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar para garantir a ordem constitucional presente nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, por consequência declarou a omissão inconstitucional do Poder Legislativo e da União, equiparou para efeitos criminais a LGBTQfobia ao crime de racismo positivado na Lei nº 7.716/89 até que o Congresso positive lei autônoma, bem como o reconhecimento de circunstância qualificadora de motivo torpe no caso de homicídio doloso, além disso estabeleceu que tal repressão penal não alcançará expressão religiosa que não contenha caráter de discurso de ódio.

No mais, é importante salientar que embora o Supremo tenha reconhecido a mora inconstitucional do Congresso Nacional e tenha requerido cientificação do mesmo para elaboração de legislação específica sobre o tema, ele não fixou prazo para tal elaboração conforme solicitado pela Ação de Inconstitucionalidade Direta por Omissão nº 26, o que pode ocasionar numa nova inércia por parte do Congresso para criação de lei específica.

Capítulo 3: Do Mandado de Injunção n° 4733

O Mandado de Injunção n° 4733 foi impetrado pela ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais com efeitos coletivos, em face do Congresso Nacional solicitando a criminalização da LGBTQfobia, estabelecendo isso como um direito de cidadania inerente a esta comunidade na atualidade.

Este remédio constitucional pode ser individual ou coletivo, e tem como objetivo principal sanar ausência (total ou parcial) de norma reguladora que torne eficaz o exercício de um direito constitucional fundamental. Diferente da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que visa apontar a omissão dos órgão legisladores em garantir um direito objetivo e sua aplicação, o Mandado de Injunção tem como escopo a garantia de um direito subjetivo, funciona como um auxílio à Constituição para que a mesma seja cumprida devidamente apontando a ausência de norma efetiva para tanto, ele pode ser impetrado diante de dois requisitos constitucionais: uma norma de eficácia limitada já existente e a ausência de norma reguladora. Essa mesma definição pode ser contemplada nos preceitos trazidos por Francisco Oliveira que define Mandado de Injunção como o:

“remédio constitucional mandamental colocado à disposição de pessoa física ou jurídica (de direito público ou privado) e figuras despersonalizadas (espólio etc.) com o objetivo de criar a norma jurídica regulamentadora do direito do impetrante por intermédio do Estado-juiz para a satisfação do pedido. Produz efeitos sobre o caso concreto, sem valor ‘erga omnes’. Poderá excepcionalmente ser estendido a uma coletividade. Atua sobre a obrigação de fazer ou não fazer. E será ordem endereçada a quem tiver o dever de praticar o ato e de arcar com as conseqüências econômicas. E somente no caso de desobediência ou mesmo de resistência daquele que tem o dever legal de prestar é que o juiz adiantará a satisfação ao impetrante. Diz respeito à violação de direitos constitucionais por ausência de norma regulamentadora” (21)

Como pudemos notar, o caráter coletivo é excepcional, estando previsto no artigo 12 da Lei n° 13.300/16, que estabelece quais entidades possuem escopo para propositura de tal remédio constitucional. A ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais é uma instituição sem fins lucrativos fundada em 31 de Janeiro de 1995 por um conjunto de 31 entidades, voltada para representação, e garantia de direitos da comunidade LGBTQI+, por tratar-se de uma pessoa jurídica de direito privado na posição de associação, ela se encaixa no disposto no inciso III do artigo 12 (Lei n° 13.300/16), e portanto

pode figurar como autora do Mandado de Injunção Coletivo, pois a criminalização da LGBTQfobia contempla em totalidade seus membros e associados.

É estabelecido pelo autor que a ordem de legislar existente que motiva a impetração do Mandado de Injunção é necessariamente criminal, tanto para criação de tipos penais específicos, quanto para agravantes e qualificadoras de crimes já estabelecidos, isto porque legislações não criminais se mostraram incapazes de coibir os números alarmantes de crimes cometidos contra essa minoria, com isso a intervenção do Direito Penal para garantir a efetiva proteção dos direitos fundamentais à segurança e à cidadania torna-se obrigatório, pois a LGBTQfobia não é somente uma conduta politicamente incorreta, ela fere bens jurídicos constitucionais que são passíveis de proteção criminal.

O Direito Penal é conhecido como última instância dentro dos campos do direito, ou seja, deve ser utilizado para proteção dos direitos dos cidadãos somente em último caso, após a falha comprovada de todos os outros campos (civil, administrativo etc). Com as pesquisas levantadas pela mídia e também já apresentadas no presente trabalho, fica evidente a falha, portanto o cabimento de tal remédio constitucional para sana-la, podemos encontrar fundamento para essa intervenção também nos preceitos trazidos por Ingo Sarlet:

“tal dimensão assume destaque na esfera jurídico-penal, já que um dos importantes meios pelos quais o poder público realiza o seu dever de proteção de direitos fundamentais é justamente o da proteção jurídico-penal dos mesmos [...]a resposta penal para condutas ofensivas a bens jurídicos pessoais sempre tem por efeito – pelo menos em princípio – a sua proteção, não importando (neste contexto) o quão efetiva é a proteção.” (22)

Ainda nesse sentido, Maria Luiza Schäfer Streck, reforça ainda que o foco do Direito Penal, bem como da teoria do bem jurídico deve ser o de combater os crimes que afetam o exercício efetivo dos direitos fundamentais, e com isso a criminalização de condutas que ponham em risco um bem jurídico digno de proteção penal é, nas palavras dela, “necessária” (23), se traçarmos um paralelo com os diversos casos de violência contra LGBTQI+, poderemos notar que o Direito Penal com os tipos genéricos já existentes (homicídio, lesão corporal etc.), não está conseguindo exercer a função de proteger o bem jurídico em questão.

No que concerne à insuficiência de leis de outros campos para proteção efetiva dos direitos fundamentais, podemos citar como exemplo o Estado de São Paulo e a Lei Estadual nº 10.948/2001, que pune com multa, advertência, cassação e suspensão de licença, ofensas ou discriminações motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero. Entretanto é evidente que a mesma não trouxe consigo a efetiva proteção da comunidade LGBTQI+ que

continua tendo seus direitos fundamentais violados, o que reforça ainda mais, pautada na ideologia do Direito Penal Mínimo, a aprovação de lei especificamente criminal pelo Congresso Nacional pois essa minoria possui o direito subjetivo a uma proteção eficiente do Estado.

Ademais, o autor toma como norte o princípio consolidado por Ingo Sarlet de que a pena possui um caráter não somente punitivo, mas também preventivo de outros delitos, e com isso ao criminalizar condutas LGBTQfóbicas, o Estado estaria prevenindo a comunidade em questão de futuros ataques. (24) Nesse sentido, se pensarmos nas demais teorias de função da pena, poderíamos enxergar outras utilidades para as penas aplicadas, por exemplo, é fato dentro do Direito que um dos fundamentos da pena é a reabilitação do indivíduo para sua reinserção na sociedade, ou seja, tendo esse fundamento em mente, em caso de criminalização de condutas específicas no campo de crimes de menor potencial ofensivo, a pena poderia ser convertida de maneira a educar os indivíduos, acabando por cumprir a função preventiva trazida por Sarlet.

A ação menciona também o direito fundamental à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero, positivados no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal, esses direitos já foram reconhecidos como fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a validade judicial da união estável homoafetiva, dando a casais homossexuais a mesma proteção jurídica dos casais heterossexuais, e esse precedente se repetiu em outros julgados do Supremo como no voto do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental do Recurso Especial nº 477.554:

“Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual” (25)

Embora trate-se de uma decisão que compõe o campo do Direito Civil, esse precedente pode e deve ser levado em conta para reconhecimento da necessidade de proteção efetiva desses direitos fundamentais também pelo Direito Penal, fazendo com que a criminalização da LGBTQfobia, bem como sua equiparação ao racismo trazidas pelo

Mandado de Injunção nº 4733 e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, sejam válidas para efeitos jurídicos.

Aduz o autor da ação um panorama da criminalização da LGBTQfobia em escala internacional e com isso apresenta a Resolução de 16 de junho de 2011 da Organização das Nações Unidas, que incentiva os países a criarem artifícios para coibir práticas discriminativas contra identidade de gênero ou orientação sexual,(26) essa postura adotada pela ONU acabou levando o Chile a aprovar uma lei anti-discriminatória em 2012 por conta do assassinato do jovem Daniel Zamudio, a morte deste jovem repercutiu muito na época, pois além de ser motivada por LGBTQfobia, Daniel também foi torturado antes de morrer. (27)

O Mandado de Injunção assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, solicita que a LGBTQfobia seja reconhecida como gênero do racismo, e que para tanto, seja criminalizada como o mesmo, sob pena de hierarquização de opressões, ou seja, todas as formas de racismo devem ser punidas criminalmente da mesma forma.

É importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal reconhece o racismo como uma discriminação atentatória de uma minoria, por parte de uma maioria, sendo que ela pode ser motivada por religião, cor, sexualidade e ou gênero, podemos encontrar fulcro para essa conclusão no voto do Ministro Maurício Correa:

“Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros” (28)

Há um paralelo entre a solicitada criminalização e a Lei Maria da Penha, pois esta última é direcionada a proteção somente das mulheres, entretanto o Supremo Tribunal Federal, reconheceu que essa proteção específica não afrontava o princípio da isonomia, paralelamente na criminalização da LGBTQfobia isso também deveria ser levado em consideração no caso dos heterossexuais cisgêneros, que só seriam protegidos neste caso se fossem vítimas de crime motivado por presunção de que fazem parte da comunidade LGBTQI+, como por exemplo no caso onde um pai e um filho foram agredidos por andar de mãos dadas na rua (29), o jovem agredido por uma lâmpada (30), em ambos os casos os agressores confundiu as vítimas com homossexuais, ou seja, a motivação do crime é fundada

em LGBTQfobia, e por isso requer a proteção de tal lei ainda que ambos fossem heterossexuais.

Esses ataques a pessoas presumidas como LGBTQI+ nos leva novamente ao debate que relaciona o preconceito com essa comunidade ao machismo da sociedade patriarcal, que estabelece um padrão comportamental que engloba as vestimentas, a forma de falar e até mesmo as demonstrações de afeto dos participantes dessa sociedade, e leva a compreensão de que a demonstração de afeto entre dois homens na rua como um abraço, seja compreendida diretamente como fora do padrão heterossexual cisgênero, ainda que realizada entre um pai e um filho, ela automaticamente foi presumida como parte de uma ação que seria realizada por homossexuais, e por ser diferente do padrão imposto, acabou por gerar a repulsa no indivíduo agressor conforme dito por Tereza Rodrigues e Alexandre Magno:

“Afinal, para o heterossexismo, A heterossexualidade é tida como a norma, como o correto, por isso, erroneamente, ocorre o preconceito contra os que estão contrários ao normal. O heterossexismo faz crer que todos sejam heterossexuais, portanto a única forma aceitável de expressão do afeto emocional e sexual, daí originando a homofobia.” (31)

O chamado “heterossexismo” é o padrão comportamental trazido pela sociedade patriarcal machista, que define a sexualidade heterossexual como padrão e, portanto superior a qualquer outra diferente, com isso podemos compreender que o próprio “heterossexismo” que motiva a LGBTQfobia é uma ideologia racista, com base no conceito de racismo adotado pelo Supremo.

Muito embora ambas as ações tenham solicitado a Corte Suprema a fixação do prazo de no máximo um ano para que o Congresso Nacional crie legislação específica para o caso, em ambos os acórdãos não fora fixado prazo mínimo, ficando a cargo do Legislativo, todavia tanto no Mandado de Injunção, quanto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foi citado o exemplo da greve dos servidores públicos civis, a qual teve sua omissão declarada por intermédio do Mandado de Injunção nº20, entretanto o Congresso seguiu anos sem emitir qualquer lei sobre o assunto, levando o Supremo a superar a exigência de legalidade estrita para realização da mesma no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA. É curioso citar que durante o plenário, esses casos foram citados para demonstrar a capacidade do Supremo Tribunal Federal em formular solução jurisdicional provisória, mas não foi utilizado para reconhecer eventual fixação de prazo para que o que ocorreu nesse caso não viesse a se repetir com a criminalização específica da LGBTQfobia.

Consoante a liberdade de expressão, apontada por muitos opositores da criminalização como a responsável pelo direito de criticar os LGBTQI+, é importante delimitar que a liberdade de expressão é um direito constitucional que poderá ser exercido sem censuras, desde que não ofenda outros bens jurídicos assegurados constitucionalmente, isso é precedente já trazido pelo Supremo Tribunal Federal no voto do Ministro Carlos Velloso no *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS:

“não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C.F., art. 4º, VIII; art. 5º, XLII). A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos – C.F., art. 1º, III – ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada” (32)

Com isso podemos compreender que ao ofender os LGBTQI+ jamais poderão atribuir essas ofensas a liberdade de expressão, pois seria um atentado à dignidade da pessoa humana.

E assim como a liberdade de expressão, muitos juristas consideram que a intervenção da Corte Suprema nesse caso pode ser considerada uma usurpação do Poder Legislativo, todavia, com as decisões em ambas ações podemos notar que o Supremo Tribunal Federal ao alertado da ausência de proteção de direitos fundamentais de uma parcela da sociedade, assumiu sua posição de fiscal do cumprimento da Constituição Federal e providenciou uma maneira provisória de atender as demandas do grupo LGBTQI+, isto é, utilizando lei direcionada ao racismo para proteger momentaneamente esta comunidade. Ou seja, o Supremo não usurpou a função legisladora do Congresso Nacional, pois não criou uma tipificação específica para estas condutas, apenas as equiparou a previsões já positivas por outra lei, com isso podemos entender que não houve uma quebra dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), o Supremo Tribunal Federal somente cumpriu sua função em garantir o cumprimento específico da nossa constituição, bem conforme o adotado por Dirley da Cunha Júnior:

“A atuação supletiva do Poder Judiciário, dispondo sobre a matéria que cumpria aos demais órgãos originariamente dispor, efetivando normas

constitucionais, é a garantia de realização do supremo direito fundamental à efetivação da constituição. Insista-se neste ponto: não há qualquer lesão ou ameaça ao equilíbrio entre os Poderes: o Poder Judiciário somente realiza a integração da ordem jurídica, suprindo as omissões do poder público, para efetivar as normas constitucionais carentes de regulamentação e exatamente por não terem sido regulamentadas.” (33)

O próprio Supremo reconheceu as omissões apontadas por ambas as ações em elaborar normas de proteção efetiva, bem como a responsabilidade do Congresso Nacional pela mora em legislar pelas mesmas, portanto é evidente que não houve qualquer invasão a função do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal na qualidade de Poder Judiciário executou o permitido ativismo judicial, bem como utilizou o sistema de freios e contra pesos no qual um poder faz o controle de função do outro, para sanar a lacuna do Legislativo.

Ainda no tocante a separação de poderes, Daniel Mitiero e Luiz Guilherme Marioni observam:

“O princípio da separação dos poderes confere ao Legislativo o poder de elaborar as leis, mas, evidentemente, não lhe dá o poder de inviabilizar a normatividade da Constituição. Aliás, tal poder certamente não é, nem poderia ser, absoluto ou imune. Bem por isso, nos casos em que a Constituição depende de lei ou tutela infraconstitucional, a inação do Legislativo, exatamente por não ser vista como discricionariedade ou manifestação de liberdade e sim violação de dever, deve ser suprida pelo Judiciário mediante a elaboração da norma que deixou de ser editada.” (34)

A soberania da Constituição Federal precisa ser respeitada, dando fundamento para intervenção do Poder Judiciário para respeitar a existente ordem constitucional de legislar presente nas ações, o Legislativo e sua prerrogativa não são superiores aos ordenamentos da nossa Carta Magna.

Parafraseando o Ministro Celso de Mello o Judiciário não pode se manter passivo diante omissões estatais que afrontam a Constituição Federal as posições de ativismo judicial assumidas pela Corte Suprema, desde que de maneira excepcional acabam sendo necessárias por conta da inércia do Poder Público.

O julgamento de ambas ações foi realizado em conjunto, onde os advogados sustentaram suas teses com relação as ações e em seguida os ministros começaram a deliberar sobre seus votos. O debate girou em torno de algumas teses, mas duas delas foram as mais importantes, dentre elas a mora do Congresso Nacional em legislar, ela por maioria dos votos foi reconhecida, o único a votar contra nesse sentido foi o Ministro Marco Aurélio, por não

reconhecer a mora e compreender que a Constituição Federal determina a punição de qualquer tipo de preconceito, mas não sua criminalização.

Durante as discussões sobre esse ponto foi apresentada a existência de projetos de lei que estão pendentes de votação pelo Congresso Nacional, e também um comunicado do Senado Federal que informava da aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça do Projeto de Lei nº 672/2019, que inclui na lei antirracismo tipo penal que criminaliza os delitos motivados por orientação sexual ou identidade de gênero. Com isso foi sugerido pelo Ministro Marco Aurélio que a votação das ações fosse suspensas até que o Congresso finalizasse a votação do projeto. Entretanto ficou entendido, que a mera existência de Projeto de Lei versando sobre o assunto, não descaracterizava a mora do Congresso Nacional, até porque não existia qualquer garantia de que esse projeto seria aprovado, isso só poderia ocorrer após a conclusão do processo legislativo, no que concerne a não descaracterização da mora, fora apresentado o entendimento jurisprudencial pacificado no ADI nº 3.682:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 4º DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inertia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A

omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” (35)

Outra das teses muito discutidas, foi a da equiparação da LGBTQfobia aos crimes descritos pela Lei nº 7.716, oito dos onze ministros votaram a favor dela, sendo eles, Celso de Mello (relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26), Edson Fachin (relator do Mandado de Injunção nº 4733), Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, votaram para que até que o Congresso Nacional criasse lei específica para criminalizar a LGBTQfobia, os delitos fossem julgados pela lei antirracismo. Os três restantes Marco Aurélio, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, votaram contra a equiparação, pois pelo entendimento deles, ao realizar esta equiparação o Supremo estaria legislando e tomando para si uma função que é do Congresso Nacional.

Todavia, o Ministro Celso de Mello esclareceu que em seu voto, não solicitava a extensão da Lei para abarcar a LGBTQfobia, tampouco a criação de um tipo específico dentro da mesma, somente a aplicação do conceito de racismo também para esses casos conforme o precedente do caso de antissemitismo (HC nº 82.424). Gilmar Mendes ainda mencionou que limitar o conceito de racismo ao seu conceito mais comum, que seria o de cor, seria uma afronta ao princípio de igualdade, ou seja, o conceito de racismo é amplo e capaz de abarcar não somente os casos antissemitas, mas também os casos motivados por preconceito em geral. Há que se salientar também o posicionamento da Ministra Cármen Lúcia que declarou que é obrigação do Supremo Tribunal Federal interferir para sanar omissões legislativas, para fazer valer aquilo que está positivado na Constituição Federal.

Após diversas sessões plenárias foi proferida decisão terminativa, na qual por maioria, o Mandado de Injunção nº 4733 foi reconhecido, o Ministro Marco Aurélio foi o único voto contra, pois não admitia a via mandamental. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, foi reconhecida por unanimidade, e julgada procedente por maioria. A Corte Suprema reconheceu a ordem constitucional de legislar criminalmente presente no artigo 5º, incisos XLI, XLII e LIV da Constituição Federal e com isso a mora do Congresso Nacional em elaborar legislação criminal específica, caracterizando assim a existência de omissão normativa institucional do Poder Legislativo. Diante disso, determinaram a cientificação do Congresso com base no art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99; Para efeitos imediatos equipararam a LGBTQfobia a um gênero de racismo, para que os crimes motivados pela orientação sexual e identidade de gênero real ou presumida das vítimas passem a ser julgados nos termos da Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo), até que o Congresso Nacional finalmente crie legislação específica para o assunto, entretanto, é importante ressaltar que essa equiparação não consiste em uma analogia ou em uma interpretação extensiva da Lei, ela ocorre pois o conceito de racismo adotado pelo Supremo abarca a comunidade LGBTQI+.

Capítulo 4 – Da necessidade social e da aplicação pós equiparação

Os relatos da existência de LGBTQI+ na história do mundo são bem antigos, eles começam a aparecer nos registros históricos desde 12.000 A.C, durante a Era Paleolítica, constatou-se pela presença de pinturas rupestres e objetos que sugeriam a relação sexual entre duas mulheres na França, (36) seguem aparecendo como em 2.800 A.C na Epopeia de Gilgamesh que narra a primeira história de amor homossexual. (37) O próprio Código de Hammurabi, conhecido por ser o conjunto de leis mais antigos do mundo, criado em meados de 1750 A.C, descrevia que os prostitutos e as prostitutas que participassem de cultos religiosos, poderiam ter relações com os homens que fossem devotos dentro dos templos da Mesopotâmia, Índia, Egito, entre outros lugares. As leis hititas que tinham grande influência do Código de Hammurabi chegaram a permitir a união homoafetiva. (38)

Até o século XX A.C, segundo o historiador americano Rictor Norton, no qual houve a ascensão de valores morais que consideravam a cultura LGBTQI+ obscena, levando à destruição de muitos monumentos artísticos que retratavam relacionamentos homoeróticos, causando uma dificuldade em precisar informações históricas desta comunidade em períodos anteriores a este. (39)

No século VII A.C, encontramos relatos de sociedades Gregas que utilizavam práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo para partilha de sabedoria. Esse tipo de comportamento era presente nas relações entre aprendiz e mestre e tido como uma conotação pedagógica, ou entre homens mais velhos e jovens, denominado na época de pederastia, no qual o homem mais velho era o responsável por fornecer a sabedoria, e o homem mais jovem por fornecer a beleza. Entretanto a relação homoafetiva entre homens de idades iguais ou semelhante não era aceita por não possuir uma função social,(40) esses costumes perduraram até a chegada do Império Romano. (41)

O Antigo Testamento, surgido entre 45 A.C e 140 D.C, traz consigo textos que condenam as práticas tidas como homossexuais como a sodomia. Com isso, na Idade Média alta, com a ascensão do Cristianismo, as culturas e costumes sociais foram sendo modificados, e os conceitos que tratavam os LGBTQI+ como uma abominação pecaminosa foram tomando força. As sociedades da época foram tornando os comportamentos relacionados a essa comunidade crime, assim como o adultério para as mulheres.

No século XIII, o Império Gengis Khan criou o primeiro Código Penal que criminalizava as práticas LGBTQI+, a sodomia por exemplo, era punida com morte. (42) Esse movimento de criação de leis anti-LGBTQI+ foi tomando força até que chegou no Ocidente e

com influência da inquisição tomou mais força, até que em 1533 foram criadas o Buggery Act na Inglaterra e o Código Penal de Portugal, que por sua vez impôs suas leis às suas colônias, dentre elas o recém descoberto Brasil.

Outro exemplo de destaque que pode ser citado é o caso do inglês e famoso escritor Oscar Wilde, que viveu um relacionamento afetivo com o filho de um lorde inglês e por conta disso foi preso e obrigado a realizar trabalhos forçados.

A mentalidade difundida a partir da Idade Média foi tomando seu lugar ao longo do tempo chegando até a Alemanha Nazista, onde as pessoas detidas em campos de concentração pelo regime eram identificados pelos conhecidos uniformes listrados, os judeus eram marcados pela Estrela de David, os homossexuais por um triângulo invertido rosa e as lésbicas por um triângulo invertido preto. Por ser entendido como uma patologia de ordem mental, os LGBTQI+ eram submetidos a tratamentos com tortura, como castração, lobotomia, estupros coletivos e até terapia de choque, tudo isso para encontrar uma suposta cura. Daniel Borrillo apresenta uma crônica de um sobrevivente do holocausto que narra:

“[...] Em uma crônica terrificante, um sobrevivente de campo de concentração, Heinz Heger (1981), relata como ele próprio e outros deportados homossexuais eram obrigados, pelos integrantes da SS (Schutztaffel – organização altamente disciplinada, encarregada da proteção pessoal de Hitler), a copular com prostitutas. Todavia, esses procedimentos terapêuticos não produziram os resultados pretendidos, e a consequência dessa constatação de fracasso foi tão brutal quanto a solução proposta: diante da impossibilidade de se curar os homossexuais, foi necessário castra-los para priva-los, daí em diante, de qualquer prazer. [...] No editorial de 4 de março de 1937, o semanário da SS – Das Schwarze Korps – denuncia a existência de dois milhões de homossexuais e preconiza, ardentemente, seu extermínio. Todavia, os criminosos nazistas não tinham aguardado essa proposta para desencadear a perseguição de gays e lésbicas: desde 1936, eles foram enviados em massa para os campos de concentração; aliás, foi mínimo o número de sobreviventes. Se existe a estimativa de que 15.000 homossexuais tenham sido vítimas desses campos, de acordo com F. Rector (1981), parece razoável considerar que, no mínimo, 500.000 homossexuais tenham sido mortos nas prisões, nas execuções sumárias, por suicídio ou por ocasião de tratamentos experimentais. [...] As pessoas que traziam o triângulo cor-de-rosa nos campos de

concentração nunca chegaram a ser reconhecidas como vítimas do racismo e, por conseguinte, não receberam qualquer indenização: a base legal de sua perseguição – o artigo 175 do Código Penal Imperial Alemão – subsistiu até 1969.” (43)

Muito embora 500.000 LGBTQI+ tenham sido mortos, eles nem ao menos foram considerados vítimas do holocausto, ou indenizados, justamente por uma lei LGBTQfóbica. Esse paralelo entre os judeus e LGBTQI+ foi o um dos pontos determinantes para que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a LGBTQfobia como um tipo de racismo, pois o preconceito contra judeus, já era considerado uma ideologia racista pelo mesmo desde o HC nº 82.424/RS, e uma das motivações para que a Corte Suprema considerasse o preconceito contra judeus racismo, foi a perseguição contra a cultura judaica durante a Segunda Guerra Mundial, portanto era impossível a mesma lógica não ser aplicada no caso dos LGBTQI+ já que também foram vítimas do regime nazista de Adolf Hitler.

Nos Estados Unidos, por volta dos anos 60, todos os países com exceção de Illinois, tratavam os LGBTQI+ ainda como criminosos, tendo inclusive o caso de Alan Turing como grande exemplo, era conhecido como pai da computação, e por ordens do governo inglês foi vítima castração química. É importante destacar que os Estados Unidos também foi palco do considerado marco inicial para o nascimento da militância LGBTQI+, a revolta de Stonewall que ocorreu em 28 de junho 1969, na cidade de Greenwich Village, e reuniu gays, lésbicas, transexuais e *drag queens* que saíram para as ruas para protestar em prol dos direitos dos LGBTQI+ após as inúmeras batidas policiais extremamente abusivas ao bar Stonewall Inn, a rebelião teve em torno de seis dias de duração e teve na linha de frente um dos grandes nomes do movimento a *drag queen* Marsha P. Johnson, esse episódio tomou proporções tão grandes que nos dias de hoje, 28 de junho é o dia Internacional do Orgulho LGBTQI+. É importante mencionar que a segunda onda do feminismo que também teve seu início nos anos 60, foi essencial para o crescimento das discussões lésbicas.

Nos anos 80, um novo marco impactou a comunidade LGBTQI+ do mundo inteiro, a epidemia de HIV, ela foi a responsável pela morte de diversas pessoas, mas a maioria acachapante dos mortos eram gays e travestis, o que levou a doença a ficar conhecida como “câncer gay”, e com isso equivocadamente os LGBTQI+ passaram a ser responsabilizados pela difusão do vírus na sociedade, ainda que vários heterossexuais cisgêneros também tenham sido mortos, essa responsabilização gerou um sentimento de aversão e preconceito que pode ser encontrado até os dias de hoje. Os altos números de morte, bem como a perda de

grandes ídolos para o vírus como Freddie Mercury, Cazuza entre outros, gerou um sentimento de pânico, que intensificou ainda mais o preconceito com a comunidade.

No Brasil a influência LGBTQfóbica apareceu com a colonização, Portugal como supramencionado, possuía legislações que criminalizavam as práticas LGBTQI+ (sodomia) como as Ordenações Manuelinas que vigoravam em Portugal na época do descobrimento, esse entendimento seguiu pacificado nas Ordenações Filipinas código que sucedeu as Ordenações Manuelinas em Portugal, ele previa que os homossexuais deveriam ter seus bens confiscados após serem queimados. Entretanto ainda durante o Império, com o fim da das Ordenações Filipinas, essas práticas deixaram de ser criminalizadas no Brasil. Porém esse fato não impediu que nossa sociedade fosse construída com uma ideologia preconceituosa. Os movimentos pró LGBTQI+ começaram a surgir no Brasil em meio a Ditadura Militar, a criação de jornais voltados ao público LGBTQI+ foi a precursora desse movimento, um deles foi o ChanacomChana criado em 1981 por um grupo de lésbicas, a revolta responsável pela conquista do direito de poder vender este jornal foi apelidada de Stonewall brasileiro, e por conta disso comemoramos no estado de São Paulo, no dia 19 de agosto o Dia do Orgulho Lésbico.

Em junho de 1997, na Avenida Paulista ocorreu a primeira edição da Parada do Orgulho LGBTQI+ de São Paulo, onde grandes nomes da comunidade se uniram em frente ao MASP – Museu de Arte de São Paulo, para marchar em prol de direitos, e com auxílio da *drag queen* Kaká di Polly que fingiu um desmaio para ludibriar a atenção dos policiais, a parada saiu. Com o passar dos anos a Parada conquistou uma visibilidade imensa, tanto política, quanto cultural, com isso passou a obter diversos patrocinadores que corroboraram ainda mais para o crescimento deste ato, hoje em dia é conhecida por ser um dos maiores movimentos sócio-políticos do mundo destinados a comunidade LGBTQI+. (44)

No consoante a homossexualidade ser considerada uma patologia, ela era anteriormente denominada de homossexualismo (essa terminologia traz uma conotação patológica) e estava incluída no rol de doenças da Organização Mundial da Saúde, mais conhecido como CID – Classificação Internacional de Doenças, porém em 1990 a homossexualidade deixou de ser considerada uma doença e foi retirada do CID, ou seja, gays, lésbicas ou bissexuais não podem ser considerados doentes. Esse é o resultado buscado também no que concerne a transexualidade, pois embora ela não seja mais considerada uma patologia psicológica, ela ainda consta como uma disforia de gênero, isto é, um desconforto de gênero, para que os transexuais obtenham atendimento público de saúde. (45)

É de suma importância destacar as conquistas da população LGBTQI+ que foram resultado diretos destas mobilizações supracitadas, em 2008 houve por meio da Portaria nº 457/2008 do Ministério da Saúde, a regulamentação de cirurgia de readequação sexual pelo SUS – Sistema Único de Saúde, ou seja, os transexuais que desejarem poderão fazer a cirurgia de redesignação de forma gratuita; em 2010 a adoção homoparental passou a ser considerada legal pelo Supremo Tribunal de Justiça (REsp nº 889.852/RS); em 2011 a união estável entre pessoas do mesmo sexo passou a ser constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF nº132 e ADIn nº 4277); em 2013 pela Resolução nº 175/2013, os Cartórios de Registro Civil passaram a ser obrigados a realizar casamento homoafetivos; em março de 2018 os transexuais obtiveram o direito a alterar o assento civil (nome) sem necessidade de cirurgia de readequação sexual por conta do ADIn nº 4275; em 2019 a equiparação da LGBTQfobia ao crime de racismo, objeto de estudo deste trabalho; e em 2020 a conquista mais recente foi o fim da restrição à doação de sangue por gays e homens bissexuais por meio do ADIn nº 5543.

O Congresso Nacional não foi o responsável por nenhuma das conquistas listadas no parágrafo anterior, o que dá mais embasamento para intervenção do Supremo Tribunal Federal por meio do ativismo judicial, bem como da ação do Direito Penal para proteção efetiva dos direitos negligenciados da comunidade LGBTQI+.

Entretanto, mesmo que tenhamos avançado na luta pelos direitos LGBTQI+, com a criação da Parada do Orgulho, ou até mesmo com os direitos anteriormente descritos, e inegável que o Brasil ainda é um país muito intolerante, em 2019 segundo o Grupo Gay da Bahia, um membro dessa comunidade é assassinado a cada 19 horas, pensando nisso o site de notícias UOL entrevistou a diretora da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, Irinia Karla Bacci e ela declarou:

“Primeiro, a estrutura do País como Estado em não discutir com profundidade que a gente tem um sistema de opressão que é estruturado, hierarquizado e enraizado na sociedade. Nós temos, por exemplo, um sistema que privilegia determinados grupos sociais a outros. Vamos pegar a população LGBT. Nós não temos nenhum marco legal que reconheça os direitos das pessoas como um todo, independente de orientação sexual e identidade de gênero. Se eu não tenho marco legal que garanta o livre exercício da orientação sexual e a vivência da identidade de gênero, o direito de se sentir, então nós acabamos tendo essa distinção de uma parte de um grupo. Por outro lado, ainda que garantido juridicamente a igualdade de

direitos de povos independente de raça e sexo, ainda temos, infelizmente, brancos com mais acessos que a população negra, mesmo que o sistema de cotas seja reconhecido por leis.” (46)

Esse discurso que ela apresenta de que há uma parcela da sociedade que possui privilégios, se interliga diretamente com o conceito de racismo apresentado pelo Mandado de Injunção nº 4733 e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 que foi também aceito pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a população LGBTQI+ é um grupo social que sofre uma opressão imensa em face da população heterossexual cisgênera que possui um privilégio inegável.

A fim de concretizar melhor o conceito de necessidade social para criminalização da LGBTQfobia, vamos descrever uma série de notícias das mais diversas épocas no Brasil, em 17 de julho de 2011 um pai e um filho foram confundidos com um casal homossexual e por conta disso foram agredidos em São Paulo, o pai com 42 anos de idade teve metade da orelha decepada por conta da agressão. (47) Em 23 de novembro do mesmo ano, foi noticiado pelo programa Balanço Geral da Rede Record que um jovem metalúrgico de 22 anos havia sido agredido por dez homens na Rua Augusta em São Paulo, por ter sido confundido com um homossexual. (48)

Ainda que não tenha ocorrido no Brasil é de suma importância citar um dos ataques mais conhecidos a comunidade nos últimos 10 anos, que foi o massacre a boate LGBTQI+ em Orlando, ocorrido em 12 de junho de 2016, o ataque deixou mais de 50 mortos e ficou conhecido na época como o pior ataque a tiros da história dos Estados Unidos. (49)

Matheus Passarelli, mais conhecido por Matheusa, era um jovem de 21 anos, não-binário (não se identificava nem com o gênero masculino, nem com o feminino) foi morto e teve seu corpo queimado no Morro do 18, Rio de Janeiro em maio de 2018. (50)

No município Pernambucano de Moreno, em 8 de dezembro de 2018 o jovem de 22 anos Jefferson Feijó, foi espancado por ser gay e ficou com algumas sequelas segundo amigos, e para custeio do tratamento médico foi criada uma vaquinha online. (51)

No dia 21 de janeiro de 2019 na cidade de Campinas/SP, foi preso o criminoso responsável por assassinar e arrancar da cavidade torácica o coração da travesti Quelly dos Santos, ao ser preso o indivíduo confessou o crime cometido e ainda declarou as autoridades: “Ele era um demônio, eu arranquei o coração dele. É isso. Não era meu conhecido. Conheci ele à meia-noite”. (52)

Em 16 de março de 2019, em Angra dos Reis, o casal de lésbicas Iasmym Nascimento de 20 anos e Juliana Dantas de 24 anos, foram mortas a facadas por homem que tentou assediá-las. (53)

Numa pesquisa realizada pela Gênero e Número foi constatado que em 2017, 6 lésbicas foram estupradas por dia, totalizando 2.379 casos, sendo que em 61% dos casos as vítimas foram estupradas mais de uma vez, os homens aparecem ocupando 96% do polo agressor esses dados foram obtidos por meio da Lei de Acesso a Informação e foram levantados pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação – SINAN.(54) Ananda Puchta, presidente da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da Ordem de Advogados Brasileiros do Paraná declarou:

“A misoginia e o ódio total às mulheres lésbicas, refletidos nesses dados sobre violência sexual, estão ligados a não necessidade da figura masculina em uma relação entre mulheres e como isso macula a virilidade e masculinidade frágil dos homens heterossexuais [...]” “Por isso, o estupro sempre foi uma demanda do movimento de mulheres lésbicas, porque sempre aconteceu.” (55)

Mais uma vez vemos clara a relação entre o preconceito LGBTQfóbico e a construção social baseada no machismo patriarcal com seu modelo heteronormativo cisgênero, no caso das mulheres lésbicas por fugirem do padrão que esse modelo impõe para elas, portanto como dito pela advogada, essa quebra de padrão representa um risco para essa sociedade patriarcal o que gera o ódio as mulheres lésbicas e comunidade LGBTQI+ como um todo.

Em agosto de 2020 a modelo transexual Alice Felis, teve seu apartamento em Copacabana/RJ invadido e foi espancada por um homem, que ao ir embora levou o dinheiro da modelo e a ameaçou caso a mesma não deixasse o Rio de Janeiro, a modelo necessitou extrair 12 dentes e realizou diversos procedimentos estéticos para reduzir os danos causados pela agressão. (56)

Os ataques contra os LGBTQI+ nem sempre são por agressões diretas o próprio ambiente de repressão e preconceito criado pela nossa sociedade gera uma tensão tão grande que muitos membros desta comunidade cometem suicídio na esperança de fugir desse sentimento. Uma matéria apresentada pelo blog Carta Capital e escrita pelo Psiquiatra formado pelo Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – USP, Bruno Branquinho, descreve que os jovens LGBTQI+ tendem a pensar três vezes mais em suicídio do que um jovem heterossexual cisgênero, e possuem cinco vezes mais chances

de concretizar esta ideia. (57) Em entrevista ao Observatório G o psicólogo Felipe Gonçalves declarou:

“O preconceito contra pessoas LGBTs é algo estrutural em nossa sociedade. A família representa, na maioria das vezes, o primeiro e núcleo de socialização do sujeito. É na família, sejam quais forem os arranjos existentes, que podemos vivenciar experiências de amor, de proteção e cuidado, como também experiências de abandono, desamor e rejeição. A escola também colabora reproduzindo os modelos impostos na sociedade, através da normatividade dos corpos e vivências. A religião também pode contribuir significativamente para a manutenção das crenças de normatividades das identidades de gêneros e/ou orientações afetivo-sexuais. Esses fatores inter-relacionados podem contribuir significativamente desde a ideação suicida ao suicídio [...]As políticas públicas afirmativas para a população LGBT são extremamente importantes para garantia dos direitos e equidade social com os demais grupos.” (58)

Ou seja, a visada proteção dos direitos LGBTQI+ é necessária não só para impactar na segurança da integridade física dessas pessoas, é também para garantir sua estabilidade emocional, esses indivíduos precisam se sentir incluídos e amparados pela sociedade em que vivem, e esse sentimento de inclusão e pertencimento decorre diretamente da existência de políticas de proteção específicas direcionadas para essa comunidade.

No ano de 2020 o mundo passou a ser impactado pelo crescimento desenfreado no número de casos de coronavírus, esse crescimento foi tão acachapante que logo a doença tomou status de pandemia, obrigando diversos países a decretar quarentena, fazendo com que suas populações e famílias ficassem confinadas dentro de casa saído somente para cumprir funções necessárias para a manutenção do lar.

Com a quarentena os LGBTQI+ se viram em um cenário completamente diferente, sendo afetados das mais diversas formas, muitos deles anteriormente expulsos de casa tiveram que regressar para casa dos pais pela falta de renda para se auto prover, voltando a viver em um ambiente de repressão, outros não tiveram a chance de retornar e acabaram por ser abrigados por casas de apoio, e muitos outros por conta da convivência muito maior durante a pandemia, acabaram por se assumir e sendo expulsos de casa durante esse período, como é o caso noticiado pelo jornal Folha de São Paulo da jovem de 21 anos que foi expulsa de casa pelo padrasto com agressões físicas e verbais, em plena madrugada do dia 20 de maio. (59)

Ao analisar o caso da população transexual esse cenário se agrava ainda mais, pois segundo dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais, 90% dessa comunidade

vive dos meios advindos do trabalho com o sexo, (60) impossibilitando o trabalho dos mesmos, deixando essa população carente de renda, ou se submetendo ao risco de contágio pela COVID-19, muitos desses passaram a atender dentro da própria casa arriscando a própria integridade física, como foi o caso da transexual de 30 anos Natasha Lobato, que foi achada morta dentro de sua residência em Francisco Morato, município da Grande São Paulo, a mesma teria sido morta e roubada por um cliente. (61)

Em 2017 foi registrado pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais um aumento de 24% na morte da população trans, ao todo foram 179 mortes, em um levantamento da Associação Europeia *TransRespect*, das 2.600 mortes o Brasil é o responsável por 40% nos últimos dez anos. A média de vida da população transexual é de 35 anos, ou seja, metade da média nacional que é de 75 anos, isto segundo o psiquiatra Daniel Mori: “A expectativa de vida é baixa pela violência, mas não apenas. É muito comum você encontrar pessoas de 30, 40 anos que nunca passaram pelo posto de saúde da região. Elas morrem por não se tratarem”. O preconceito reduz pela metade a expectativa de vida dessa população.” (62)

A sociedade Brasileira foi construída desde seus primórdios sobre diretrizes que eram contra os LGBTQI+, e esses inúmeros casos apresentados, não configuram nem ao menos um terço do que ocorre no nosso país e no mundo todos os dias, mas servem para demonstrar o quanto as raízes preconceituosas que tiveram início lá na colonização perduram até o dia de hoje sem que o Poder Público tome qualquer atitude para mudança deste cenário.

Esse panorama apresentando o contexto da LGBTQfobia no Brasil, bem como os inúmeros casos apresentados, apenas reforça a extrema necessidade social para criminalização dessa conduta, ainda mais tendo em mente que esses levantamentos são feitos apenas com base em casos que a mídia brasileira tomou ciência, a falta de tipificação específica, e a ausência de pesquisas de órgãos governamentais contribui diretamente para a inexatidão desses números, cabendo a organizações como o Grupo Gay da Bahia ou a Associação Nacional de Travestis e Transexuais a realização desses levantamentos. Ou seja, ainda existe um gama de casos motivados por preconceito que nem ao menos tomamos ciência, comprovando ainda mais a carência dessa comunidade por uma proteção mais efetiva por parte do Poder Público, o que dá cada vez mais força as ordens criminais de legislar criminalmente descritas pelas ações que são objetos de estudo deste trabalho.

A existência de um tipo criminal específico direcionado a proteção dessa comunidade, irá contribuir para uma maior exatidão na realização de pesquisas que tenham

como objetivo levantar o número de crimes contra a comunidade LGBTQI+, e com base nesses números, elaborar políticas de educação e prevenção para redução desses crimes. Afinal, a equiparação ao racismo não terá como oferecer esses dados, o sistema de Justiça tomando como base a decisão do Supremo, vai classificar os crimes somente como racismo, sem especificar se é motivado por religião, cor, orientação sexual ou identidade de gênero. A criminalização somente para prisão desses criminosos não surtirá grandes efeitos se não vier acompanhada do ensino de base para redução da ignorância da sociedade com relação as culturas e comportamentos dessa comunidade. Conforme dito ao longo do trabalho, a LGBTQfobia é fruto do modelo de sociedade heteronormativa cisgênero imposta como padrão pelo machismo patriarcal, portanto a única maneira de auxiliar a criminalização e a redução desses delitos é aplicar uma desconstrução desses valores sociais já na educação de base.

É essencial aduzir também que as conquistas listadas ao longo deste capítulo, inclusive a própria criminalização, são todas fruto de ações e mobilizações propostas pelo movimento LGBTQI+, o Congresso Nacional na posição de órgão legislador não foi o responsável por nenhuma delas, isso denota a chamada mora jurisdicional apontada por ambas ações e acatada também pelo Supremo Tribunal Federal, que em sua posição de fiscal do cumprimento da Constituição Federal, e munido da necessidade utilização do ativismo judicial para consertar uma lacuna na proteção dos direitos fundamentais dessa parcela da população, apenas exerceu sua função, que conforme vimos pelo histórico apresentado deixou de ser cumprida pelo Poder Legislativo.

Pela falta de uma lei específica, a decisão do Supremo Tribunal Federal equiparando os crimes motivados por orientação sexual ou identidade de gênero aos delitos descritos na Lei nº 7.716/89, ainda é interpretada como uma interpretação extensiva da lei, ou uma analogia entre a LGBTQfobia e o racismo, como se fossem condutas semelhantes. Todavia esse não é o caso, a decisão da Corte Suprema foi clara ao reconhecer o preconceito contra os LGBTQI+ com um tipo de racismo, portanto estão inclusos no objeto de proteção da lei que visa coibir todo e qualquer tipo de racismo. Ou seja, a chamada equiparação, não trata-se de uma analogia, mas sim de um esclarecimento que passa a compreender que delitos com essa motivação possuem a mesma conotação que os delitos motivados por cor da pele ou religião, todos eles são racismo na visão do Supremo, e portanto todos estão dentro do campo de proteção da Lei nº 7.716/89.

Entretanto, a falta de compreensão da situação explicada acima gerou uma subnotificação por parte dos órgãos judiciais, onde vários deles não sabem como prosseguir diante da notificação de crimes motivados por LGBTQfobia, algumas delegacias tem se negado a acrescentar essa motivação nos Boletins de Ocorrência, como foi o caso apresentado pelo site HuffPost, onde um homem chamado Fernando em um discussão com o vizinho foi alvo de diversas ofensas homofóbicas, porém o caso foi registrado na Delegacia como “perturbação do sossego e tranquilidade pública”, o mesmo teve que procurar o Ministério Público para que o caso fosse tipificado de maneira correta.(63) Nesse sentido Thiago Amparo, advogado e professor da Fundação Getúlio Vargas, colunista da Folha de São Paulo e ativista LGBTQI+ declarou em entrevista ao HuffPost:

“A decisão tem um papel educativo no sentido de que mostra para a sociedade que a homotransfobia é um crime sério e não pode ser praticado [...]Eu acho que só teremos, de fato, a inibição dessas atitudes e a consolidação da decisão do STF quando tivermos a incorporação do crime de homotransfobia nos protocolos policiais. Isso não acontece e o que temos, na verdade, é uma grande subnotificação destes crimes” (64)

Ausência de uma clara notificação para as autoridades vai continuar corroborando para ações equivocadas da polícia como no caso do Fernando, e conseqüentemente para inefetividade da proteção que a equiparação deveria gerar.

Muito embora o Conselho Nacional de Justiça esteja sendo pressionado por entidades do movimento LGBTQI+ para que elabore um regulamento que verse sobre como as entidades devem prosseguir diante da notificação desses casos, o mesmo só pode agir no campo dos órgãos do Poder Judiciário, o que exclui a atuação das delegacias. Todavia, esse tipo de atuação efetiva por parte das delegacias só vai ocorrer quando um órgão superior positivar o entendimento de aplicação da lei antirracismo para casos de LGBTQfobia, ou quando o Congresso Nacional finalmente elaborar lei específica para criminalizar tais delitos.

Um levantamento foi feito por meio da Lei de Acesso à Informação pelo site G1 junto às Secretarias de Segurança Pública dos Estados, e concluíram que após a decisão do Supremo Tribunal Federal 15 estados e o Distrito Federal contabilizaram ao todo 161 casos de delitos motivados por LGBTQfobia, outros 9 estados não souberam especificar e 2 deram respostas inconclusivas. (65)

Um outro caso que podemos citar que foi enquadrado na Lei nº 7.716/89, é o do Ministro da Educação Milton Ribeiro, que se referiu a homossexualidade como “homossexualismo”, palavra de conotação patológica que deixou de ser usada desde que a

mesma foi retirada da Classificação Internacional de Doenças em 1990 por não ser mais considerada uma doença, o Ministro então classificou a homossexualidade como uma “opção” fruto de “famílias desajustadas”. Diante disso, o Vice- Procurador Geral da República Humberto Jacques de Medeiros, solicitou a abertura de inquérito para apurar crime de homofobia por parte do Ministro. Ananda Puchta em análise ao ocorrido declarou:

“A decisão do STF pode ser aplicada aqui porque ele não só associou a homossexualidade a famílias desajustadas, como chamou toda essa população de doente, cometendo um erro crasso. Há 30 anos a OMS já disse, em documentos oficiais, que a homossexualidade não é doença [...]Ao fazer uma declaração pública dessa ordem, ele já está incorrendo em preconceito e discriminação. E ao dizer que os homossexuais são assim porque têm famílias desajustadas e porque ‘optam’ ser quem são é também um não entendimento da natureza humana [...]Investigações como essas, de uma autoridade do governo, são positivas e podem ter um efeito prático por provocar o Estado a agir da forma correta.” (66)

Se uma ação como essa alcançar uma figura pública como o Ministro da Educação, a difusão da equiparação será maior dentro do cenário jurídico atual, e isso pode contribuir para uma efetividade maior, que até então não vem sendo alcançada justamente pela ausência de uniformidade nas notificações dos órgãos judiciários, e também pelo pouco tempo transcorrido desde a decisão da Corte Suprema.

A Advocacia Geral da União no dia 14 de outubro de 2020 entrou com um recurso no Supremo Tribunal Federal, pedindo esclarecimentos quanto ao alcance da decisão do Mandado de Injunção nº 4733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, esse alcance visava alcançar o a hipótese de manifestações religiosas se enquadrarem como excludentes de ilicitude na criminalização da LGBTQfobia, para tanto declarou: “é importante que se esclareça, como tese de julgamento, que não só a liberdade religiosa, mas a própria liberdade de expressão, considerada genericamente (englobando a manifestação artística, científica ou profissional), respalda a possibilidade de manifestação não aviltante a propósito da moralidade sexual”. (67)

Todavia, na decisão do Supremo, foi destacado que toda e qualquer manifestação de cunho religioso estava resguardada desde que não incitasse o ódio contra a comunidade LGBTQI+, ou que suas manifestações não sejam caracterizadas como discurso de ódio conforme dito pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto:

“Entendo necessário, da mesma maneira que o fez nosso ilustre decano, Ministro CELSO DE MELLO, apontar a compatibilização da presente interpretação conforme com a liberdade religiosa consagrada constitucionalmente, que não pode e não está sendo criminalizada pela presente interpretação. Conforme salientei no julgamento da ADI 4.439 (ensino religioso), uma das premissas básicas para a análise da liberdade de expressão religiosa é entender a importância da interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto, sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. [...]Insisto, um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. O direito fundamental à liberdade religiosa não exige do Estado concordância ou parceria com uma ou várias religiões; exige, tão somente, respeito; impossibilitando-o de censurar manifestações, mutilar dogmas religiosos ou sancionar a livre manifestação de expressão religiosa.[...]Obviamente, a proteção constitucional à liberdade religiosa, assim como a liberdade de expressão, não admite o discurso de ódio, que abrange, inclusive, declarações que defendam ou incitem tratamento desumano, degradante e cruel; ou que incitem violência física ou psicológica contra grupos minoritários.” (68)

Foi questionado também pelo recurso, quanto as manifestações de acesso de pessoas LGBTQI+ a lugares públicos como transporte público, banheiros etc., para a Advocacia Geral da União a proteção trazida pela equiparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal não pode gerar impacto nas manifestações acerca das ponderações relacionadas ao exercício da sexualidade que sejam proferidas pela mídia, pelos meios acadêmicos ou profissionais, isso não poderia ser considerado uma incitação ao preconceito contra essa comunidade segundo a mesma.

Entretanto é de suma importância salientar que a decisão que hoje protege a população LGBTQI+ com a Lei nº 7.716/89, também protege a liberdade religiosa de preconceitos antissemitas, até porque com o HC nº 82.424, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o preconceito contra qualquer religião é compreendido como gênero de racismo, e portanto passível de proteção da lei antirracismo. A Advocacia Geral da União, ao questionar essa proteção da comunidade, para assegurar a liberdade de manifestações religiosas que já são protegidas pela Constituição Federal e pela mencionada lei, corre grande

risco de ferir o princípio da igualdade, pois está garantindo proteção somente para o grupo religioso em detrimento do grupo LGBTQI+

Esse posicionamento, se considerarmos que já foi abordado pelo Supremo na decisão que foi recorrida, pode abrir precedentes para que pessoas identificadas como LGBTQI+ real ou presumidamente, sejam restringidas de adentrar locais públicos sem que as pessoas responsáveis por essa proibição sofra qualquer punição. É importante que o Supremo Tribunal Federal e o novo relator do caso (o ministro Celso de Mello se aposentou um dia antes do protocolo do recurso) levem isso em consideração durante a votação do recurso.

CONCLUSÃO

A equiparação da LGBTQfobia ao racismo, bem como a determinação para que o Congresso Nacional criminalize a conduta por meio de criação de lei com tipificação penal específica, é uma medida trazida pelo Supremo Tribunal Federal para sanar uma lacuna do Poder Legislativo em garantir direitos fundamentais que protejam a comunidade LGBTQI+, que desde muito tempo enfrenta o preconceito dentro da sociedade brasileira, que na atualidade figura como um dos países que mais mata membros desta minoria por motivações preconceituosas.

Essa proteção é diretamente direcionada para a população LGBTQI+ suas culturas e comportamentos, porém protege também os heterossexuais cisgêneros que fogem ao modelo padrão heteronormativo da nossa sociedade, pois conforme podemos ver essas pessoas também são alvos de preconceito por serem presumidas como homossexuais, comportamento esse notado até mesmo dentro de processos judiciais anteriores a Constituição Federal de 1988, como descrito pela autora Luiza Nagib no livro *A Paixão no Banco dos Réus*, narra que ao ler algumas peças protocoladas em um caso de homicídio no qual o réu supostamente era homossexual, encontrou uma série de ofensas preconceituosas em termos como “anormal”, “pervertido”, entre outros.⁽⁶⁹⁾ A homossexualidade real ou presumida veio sofrendo discriminações em todos os campos sociais desde os primórdios da sociedade brasileira, e até mesmo nos campos jurídicos, onde essa conduta deixou de ser criminalizada desde o Brasil Império. É evidente a necessidade social dessa parcela da sociedade de direitos que protejam bens jurídicos como a vida, integridade física ou moral.

O ativismo judicial presente na decisão do Supremo Tribunal Federal não deve ser interpretado como usurpação de função ou quebra na separação de poderes, com as pesquisas levantadas pelo presente trabalho, podemos comprovar a existência de ordem constitucional de legislar, a necessidade da atuação do Direito Penal como garantia de efetiva proteção dos bens jurídicos tutelados pela nossa Constituição, e com isso a presente mora do Poder Legislativo na figura do Congresso Nacional em editar lei que sanasse essa lacuna na proteção da comunidade LGBTQI+, portanto a atuação da Corte Suprema para fazer valer os valores trazidos pela nossa Carta Magna figuram apenas como uma das funções essenciais deste órgão jurisdicional.

Ainda que a proteção dessa minoria seja assegurada pela Lei nº 7.716/89, não por criação de um tipo penal, por analogia ou por interpretação extensiva, mas sim por ser entendido que a LGBTQfobia é um gênero de racismo, não podemos deixar de salientar a

importância da criação de uma lei específica, para que essa proteção seja melhor difundida entre o Poder Judiciário, e para que os casos de crimes motivados por preconceito contra orientação sexual ou identidade de gênero sejam melhor contabilizados.

Mais importante ainda é frisar o quanto a educação de base é necessária para mudança da nossa sociedade, facilitando a diminuição do preconceito estrutural trazido pelos valores morais positivados no machismo patriarcal. A criminalização da LGBTQfobia não pode banalizar essas discussões ou torna-las um tabu na nossa sociedade, afinal a construção social é naturalmente preconceituosa e deve ser desconstruída com o tempo, e paralela a proteção dessa comunidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- (1) e (2) Cf. **Princípios de Yogyakarta**, p. 5. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf Acesso em: 20 set.2020.
- (3) STF. **Habeas Corpus n° 82.424. Racismo antissemita**. Disponível em: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms. Acesso em: 30 out.2020
- (4) e (5) BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia**. BBC News Brasil. São Paulo. 12 fev.2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47206924#:~:text=Weber%20disse%20que%20o%20STF,aplicado%20ao%20preconceito%20contra%20LGBTs.&text=%22O%20STF%20n%C3%A3o%20est%C3%A1%20violando,nem%20criando%20uma%20figura%20penal>. Acesso em: 20 set.2020.
- (6) AUN, Heloisa. **Brasil é o país que mais mata LGBTs no mundo: 1 a cada 19 horas**. *Catraca Livre. Cidadania*. 17 maio.2017. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/brasil-mais-mata-lgbts-1-cada-19-horas/>. Acesso em: 20 set.2020.
- (7) QUEIROGA, Louise. **Brasil segue no primeiro lugar do ranking de assassinatos de transexuais**. *O Globo. Sociedade*. 14 nov.2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-segue-no-primeiro-lugar-do-ranking-de-assassinatos-de-transexuais-23234780>. Acesso em: 20 set.2020.
- (8) ROLIM, Marcio. **Brasil registra morte de 1 LGBT+ a cada 26 horas somando 329 em 2019**. *Observatório G*. 24 abr.2020. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/brasil-registra-morte-de-1-lgbt-a-cada-26-horas-somando-329-em-2019>. Acesso em: 20 set.2020.
- (9) MICHELS, Eduardo. **MORTES VIOLENTAS DE LGBT+ NO BRASIL**. Grupo Gay da Bahia. *Relatório* 2018. Disponível em: <https://grupogaydabahia.files.wordpress.com/2020/03/relatorio-2018.pdf>. Acesso em: 20 set.2020.
- (10) **SUICÍDIO entre público LGBT aumenta quase quatro vezes em dois anos**. *Diário do Nordeste*. 04 fev.2019. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/suicidio-entre-publico-lgbt-aumenta-quase-quatro-vezes-em-dois-anos-1.2058979>. Acesso em: 20 set.2020.
- (11) LENZA, Pedro. **DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1452.

- (12) GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**, Belo Horizonte: Ed. Forum, 2007, pp. 158, 160 e 170-171. G.n.
- (13) e (14) NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 300-306. G.n.
- (15 e 16) PRADO, Marco Aurélio Máximo e JUNQUEIRA, Rogério Diniz. **Homofobia, hierarquização e humilhação social**. In: VENTURI, Gustavo e BOKANY, Vilma. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil**, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Perseu Abramo, 2011, pp. 57 e 60. G.n
- (17) GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988**, 1ª Ed., Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, pp. 299-300. G.n
- (18) **GRUPO GAY DA BAHIA** - Cf. <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1071307-assassinatos-de-homossexuais-batem-recorde-em-2011-diz-entidade.shtml>. Acesso em: 30 out.2020. Para um histórico dos relatórios do GGB e da homofobia no Brasil, vide MOTT, Luiz. **Raízes Persistentes da Homofobia no Brasil**. In: Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Consulex, 2012, pp. 165-182 (em especial: pp. 172-173).
- (19) STF. **Mandado de Injunção nº 4733. Decisão**. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=213&dataPublicacaoDj=28/10/2013&incidente=4239576&codCapitulo=6&numMateria=163&codMateria=2>. Acesso em: 30 out.2020
- (20) STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. Petição Inicial**. p.6.
- (21) OLIVEIRA, Francisco Antonio. **Mandado de Injunção: da inconstitucionalidade por omissão - enfoques trabalhistas, jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.36
- (22) SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 23. Acesso em: 23 out.2020
- (23) STRECK, Maria Luiza Schäfer. Direito Penal e Constituição. **A Dupla Face da Proteção dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, pp. 46, 50-51, 57-58, 92, 96, 101, 103-106. G.n.

- (24) SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 24. Acesso em: 23 out.2020
- (25) MELLO, Celso. **Agravo Regimental do Recurso Especial n° 477.554**. Voto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554ementa.pdf>. Acesso em: 25 out.2020
- (26) **ONU aprova Resolução sobre violação dos Direitos Humanos de homossexuais**. Vio Mundo. 16 jun.2011. Disponível em: <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/conselho-de-direitos-humanos-da-onu-aprova-resolucao-sobre-a-violacao-dos-direitos-humanos-de-homossexuais.html>. Acesso em: 26 jun.2020
- (27) PRESSE, France. **ONU denuncia a morte de jovem gay torturado no Chile**. G1 Mundo. 30 mar.2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/03/onu-denuncia-a-morte-de-um-homossexual-torturado-no-chile.html>. Acesso em: 26 out.2020
- (28) STF, **Habeas Corpus n.º 82.424-2/RS**, voto do Ministro Maurício Correa, pp. 13-14 e 26.
- (29) CARDILLI, Juliana. **‘Não pode nem abraçar o filho’ diz homem que teve orelha cortada**. G1 São Paulo. Vargem Grande do Sul. 19 jul.2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/07/nao-pode-nem-abracar-o-filho-diz-homem-que-teve-orelha-cortada.html>. Acesso em: 26 out.2020
- (30) MACEDO, Letícia. **Grupo usou lâmpadas como bastão para agredir jovem na Paulista**. G1 São Paulo. Capital. 14 nov.2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2010/11/grupo-usou-lampadas-como-bastao-para-agredir-jovens-na-paulista.html>. Acesso em: 26 out.2020
- (31) MOREIRA, Alexandre Magno Augusto e VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Minorias Sexuais. Direitos e Preconceitos*, 1ª Ed., São Paulo: Ed. Consulex, 2012, p. 184. G.n.
- (32) STF, **Habeas Corpus n.º 82.424-2/RS**, voto do Ministro Carlos Velloso, p. 14.
- (33) JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade**, 2ª Ed., Salvador: Ed. Podvim, 2007, p. 231. G.n.

- (34) SARLET, Ingo Wolfgang. MARIONI, Luiz Guilherme. MITIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 1116-1118. G.n.
- (35) STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.682**. Ementa. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2366425>. Acesso em: 30 out.2020
- (36) CUESTA. J. Angulo. DIEZ M. García. **Diversity and meaning of Palaeolithic phallic male representations in Western Europe**. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20120726163724/http://www.actasurológicas.info/v30/n03/ENG/3003OR02.htm>. *Actas Urol Esp.* **30** (3): 254-267. Acesso em: 31 out.2020
- (37) JASTROW, Morris. **Épopéia de Gilgamesh**. Project Gutenberg eBook. Tradução livre. 4 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/11000/11000-h/11000-h.htm>. Acesso em: 30 out.2020
- (38) RODRIGUES, Humberto. LIMA, Cláudia de Castro. **QUANDO NINGUÉM ERA GAY: UMA HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE**. Aventuras na História. Antiguidade. 27 jun.2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-da-homossexualidade.phtml>. Acesso em: 31 out.2020
- (39) NORTON, Rictor. **The Suppression of Lesbian and Gay History**. Tradução livre. 12 fev.2005, atualizado em 21 fev.2010. Disponível em: <http://rictornorton.co.uk/suppress.htm>. Acesso em: 31 out.2020
- (40) PEREIRA, Juliana. **EROTISMO PEDAGÓGICO: A VIDA HOMOSSEXUAL DOS GREGOS ANTIGOS**. Aventuras na História. Sexo. 09 nov.2019. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/erotismo-pedagogico-a-vida-sexual-dos-antigos-gregos.phtml>. Acesso em: 31 out.2020
- (41) BARREIROS, Isabela. **SEXO NA GRÉCIA ANTIGA: MASTURBAÇÃO, HOMOSSEXUALIDADE E DOMINAÇÃO MASCULINA**. Aventuras na História. Grécia Antiga. 16 jan.2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/o-sexo-na-grecia-antiga.phtml>. Acesso em: 31 out.2020
- (42) FERRAZ, Thaís. **Movimento LGBT: a importância da sua história e do seu dia**. Politize. História. 28 jun.2017. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em: 31 out.2020

- (43) BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**, Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, 1ª Edição, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, pp. 83 e 85-56. G.n.
- (44) CARVALHO, Ketryn. **Parada LGBTI+: Relembre a história e temas anteriores**. Observatório G. 08 jun.2019. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/parada-lgbt/parada-lgbti-relembre-a-historia-e-temas-anteriores>. Acesso em: 31 out.2020
- (45) e (46) FERREIRA, Laurindo. **LGBTFOBIA. Raízes da Intolerância**. 08 mar.2017. Disponível em: <http://especiais.ne10.uol.com.br/raizes-da-intolerancia/lgbtfobia.php#:~:text=Essa%20avers%C3%A3o%20s%C3%B3%20fez%20aumentar,luta%20pela%20descriminaliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20homossexualidade>. Acesso em: 31 out.2020
- (47) **PAI e filho são confundidos com casal gay e agredidos por grupo em São João da Boa Vista, SP**. O Globo. Brasil. 18 jul.2011. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/pai-filho-sao-confundidos-com-casal-gay-agredidos-por-grupo-em-sao-joao-da-boa-vista-sp-2714592>. Acesso em: 31 out.2020
- (48) **METALÚRGICO é confundido com gay e apanha de dez homens em São Paulo**. R7. Balanço Geral. 23 nov.2011. Disponível em: <https://recordtv.r7.com/balanco-geral/videos/metalurgico-e-confundido-com-gay-e-apanha-de-dez-homens-em-sao-paulo-21102018>. Acesso em: 31 out.2020
- (49) **ATAQUE em boate gay deixa 50 mortos em Orlando, nos EUA**. G1.MUNDO. São Paulo. 12 jun.2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/policia-diz-que-ataque-em-boate-nos-eua-deixou-50-mortos.html>. Acesso em: 31 out.2020
- (50) FREIRE, Felipe. TELES, Lilia. **Estudante Matheusa foi ‘julgada’ antes de ser morta por traficantes, diz delegada**. G1. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/estudante-matheusa-foi-julgada-antes-de-ser-morta-por-trafficantes-diz-delegada.ghtml>. Acesso em: 31 out.2020
- (51) **AS SEQUELAS DA HOMOFOBIA E O SONHO INTERROMPIDO DE JOVEM VIOLENTADO E ESPANCADO**. HuffPost. Opinião. Moreno. Pernambuco. 26 jun.2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/ajude-a-justica-a-evitar-que-eles-nos-matem-morremos_br_5d123e4fe4b09125ca466356?guccounter=1. Acesso em: 31 out.2020
- (52) QUERINO, Rangel. **HOMEM É PRESO EM CAMPINAS APÓS MATAR TRAVESTI E GUARDAR CORAÇÃO: ‘ERA UM DEMÔNIO’**. Observatório G. São Paulo. 21 jan.2019. Disponível em:

<https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2019/01/homem-presos-apos-matar-travesti-guardar-coracao>. Acesso em: 31 out.2020

(53) QUERINO, Rangel. **Homem mata casal de lésbicas à facadas em Angra dos Reis**. Observatório G. Rio de Janeiro. 18 mar.2019. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/homem-mata-casal-lesbicas>. Acesso em: 31 out.2020

(54) SILVA, Vitória Régia. **No Brasil, 6 mulheres lésbicas são estupradas por dia**. Gênero e Número. 22 ago. 2019. Disponível em: <http://www.generonumero.media/no-brasil-6-mulheres-lesbicas-sao-estupradas-por-dia/>. Acesso em: 31 out.2020

(55) SILVA, Vitória Régia. **No Brasil, 6 mulheres lésbicas são estupradas por dia**. Catraca Livre. Cidadania. 29 ago.2019. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/6-mulheres-lesbicas-sao-estupradas-por-dia-no-brasil/>. Acesso em: 31 out.2020

(56) ALICE Feliz, **modelo trans espancada em seu apartamento no Rio: ‘Transfobia mata’**. Catraca Livre. Entretenimento. Rio de Janeiro. 14 out.2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/entretenimento/alice-felis-modelo-trans-espacada-em-seu-apartamento-no-rio-transfobia-mata/>. Acesso em: 31 out.2020

(57) BRANQUINHO, Bruno. **Suicídio da População LGBT: precisamos falar e escutar**. Carta Capital. 26 ago.2019. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/suicidio-da-populacao-lgbt-precisamos-falar-e-escutar/>. Acesso em: 31 out.2020

(58) CARVALHO, Ketryn. **Setembro Amarelo: Suicídio de LGBT+ deve ser pauta**. Observatório G. 10 set.2020. Disponível em: <https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/setembro-amarelo-suicidio-de-lgbt-deve-ser-pauta>. Acesso em: 31 out.2020

(59) MAIA, Dhiego. **Um ano após STF criminalizar homofobia, relatos de LGBTfobia crescem na quarentena**. Folha de S.Paulo. Coronavírus. São Paulo. 12 jun.2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/um-ano-apos-stf-criminalizar-homofobia-relatos-de-lgbtfobia-crescem-na-quarentena.shtml>. Acesso em: 31 out.2020

In: GALVANI, Giovanna. **Com isolamento sem data para acabar, pressão para “sair do armário” causa angústia em LGBTs**. Carta Capital. Diversidade. 06 ago.2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/diversidade/com-isolamento-sem-data-para-acabar-pressao-para-sair-do-armario-causa-angustia-em-lgbts/>. Acesso em: 31 out.2020

(60) SOUPIN, Elisa. **PANDEMIA DE LGBTFOBIA. Violência, dificuldade para conseguir auxílio, falta de teto seguro: a vida dos LGBTs durante a quarentena**.

Universa. Reportagens especiais. 17 maio.2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/reportagens-especiais/pandemia-de-lgbtfobia/#page10>.

Acesso em: 31 out.2020

(61) SENA, Tássia. TOMAZ, Kleber. **Transexual é achada morta em casa na Grande SP; polícia apura caso como assassinato e furto**. G1. São Paulo. 28 abr.2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/28/transexual-e-encontrada-morta-em-casa-na-grande-sp-policia-investiga-caso-como-assassinato-e-furto.ghtml>. Acesso em: 31 out.2020

(62) THOMAZ, Danilo. **Reduzida por homicídios, a expectativa de vida de um transexual no Brasil é de apenas 35 anos**. ÉPOCA. Brasil. 30 jan.2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/01/reduzida-por-homicidios-expectativa-de-vida-de-um-transexual-no-brasil-e-de-apenas-35-anos.html>. Acesso em: 31 out.2020

(63) FERNANDES, Marcella. MARTINELLI, Andréa. **O que aconteceu 6 meses após a decisão do STF que criminalizou a LGBTfobia?**. HuffPost. LGBT. 26 dez.2019. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/lgbtfobia-stf-criminalizacao-resultado_br_5e00f394e4b0843d35ffb3e3. Acesso em: 31 out.2020

(64) MARTINELLI, Andréa. **Criminalização da LGBTfobia não saiu do papel e seu efeito ainda é simbólico**. HuffPost. LGBT. 06 out.2020. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/criminalizacao-lgbtfobia_br_5f77d08ac5b64b480aadee55. Acesso em: 31 out.2020

(65) **LEVANTAMENTO mostra subnotificação de casos de homofobia e transfobia**. G1. Jornal Nacional. 19 set.2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/09/19/levantamento-mostra-subnotificacao-de-casos-de-homofobia-e-transfobia.ghtml>. Acesso em: 31 out.2020

(66) MARTINELLI, Andréa. **Criminalização da LGBTfobia não saiu do papel e seu efeito ainda é simbólico**. HuffPost. LGBT. 06 out.2020. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/criminalizacao-lgbtfobia_br_5f77d08ac5b64b480aadee55. Acesso em: 31 out.2020

(67) MARTINELLI, Andréa. **AGU entra com recurso no STF e questiona decisão que criminalizou a LGBTfobia**. HuffPost. LGBT. 14 out.2020. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/entry/agu-recorre-stf-homofobia_br_5f877beec5b681f7da1e47b7. Acesso em: 31 out.2020

(68) MORAES, Alexandre. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n° 26**. STF. Voto. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&ext=.pdf>. pp. 43-47.

(69) ELUF, Luiza Nagib. **A Paixão no banco dos réus: casos passionais céleres: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves/ Luiza Nagib Wluf**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva 2003. p.84

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 8,



TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, FELIPE VIEIRA DE SOUSA

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº , Período , Turma , 415.8317-5, MANHÃ, 10ºE

tendo realizado o TCC com o título: A EQUIPARAÇÃO DA LGBTQFOBIA
AO CRIME DE RACISMO
sob a orientação do(a) professor(a): EDSON LUZ KNIPPEL

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 9 de 11 de 2020.

Felipe Vieira de Sousa

Assinatura do discente