

**A PROMESSA DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF ENQUANTO A
OMISSÃO SE MANTÉM: POR QUE CONTINUA TÃO DIFÍCIL A
PERSECUÇÃO CRIMINAL DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL**

*THE PROMISE OF THE “ADO Nº 26/DF” AND THE “MI Nº 4.733/DF” ON
BRAZIL’S JURISPRUDENCE WHILE THE OMISSION REMAINS: WHY THE
CRIMINAL PROSECUTION OF HOMOTRANSFOBIA REMAINS SO
DIFFICULT IN BRAZIL*

*LA PROMESA DEL “ADO Nº 26/DF” Y “MI Nº 4.733/DF” MIENTRAS LA
OMISIÓN PERMANEZCA: POR QUÉ LA PERSECUCIÓN PENAL DE LA
HOMOTRANSFOBIA SIGUE SIENDO TAN DIFÍCIL EN BRASIL*

Solon Flores Bessony de Sousa¹

RESUMO

O presente artigo busca questionar o porquê permanece tão difícil a persecução criminal da homotransfobia no Brasil, mesmo após o julgamento da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF. Indaga-se de que modo tal julgado repercute na praxe das Delegacias de Polícia e nas Varas judiciais, além de investigar quais os desafios ordinários da persecução penal do racismo e quais as controvérsias específicas que a discriminação sexual e de gênero demanda dos operadores do Direito, ratificando o entendimento da discriminação sexual e de gênero como uma das espécies de racismo social e político, compreensão já adotada pelo STF desde o julgamento do HC 82424/RS no ano de 2003.

Palavras-chave: Violência homotransfóbica; Racismo; Discurso judicial; Criminalização da homotransfobia; Habeas Corpus n. 82424/RS.

1 Pós-Graduando em Direito Público Municipal pela Universidade Católica de Salvador (BA). Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (BA). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8881471444144460>. E-mail: solonbflores@gmail.com.

ABSTRACT

This article seeks to question why the criminal prosecution of homotransphobia remains so difficult in Brazil, even after the judgment of the “ADO nº 26/DF” and the “MI nº 4.733/DF” by the Brazilian’s “STF” Court. In questioning in what way such judgment has repercussions in the practice of Police Stations and in the Judicial Courts, in addition to investigate what are the challenges of the criminal prosecution of racism and what are the specific controversies that sexual discrimination and gender demand from Law operators, ratifying the understanding of sexual and gender discrimination as one of the types of social and political racism, understanding already adopted by the STF since the judgment of the “HC 82424/RS” in the year of 2003.

Keywords: Homotransphobic violence; Racism; Judicial speech; Criminalization of homotransphobia; “HC 82424/RS”.

RESUMEN

Este artículo busca cuestionar por qué la persecución penal de la homotransfobia sigue siendo tan difícil en Brasil, incluso después de la sentencia de ADO nº 26/DF y MI nº 4.733/DF. Se indaga de qué manera dicha sentencia repercute en la práctica de las Comisariías y de los Tribunales Judiciales, además de investigar cuáles son las impugnaciones ordinarias de la persecución penal del racismo y cuáles son las controversias específicas que la discriminación sexual y de género demandan a los operadores del Derecho, ratificando el entendimiento de sexualidad y género discriminación como uno de los tipos de racismo social y político, entendimiento ya adoptado por el STF desde la sentencia HC 82424/RS en 2003.

Palabras clave: Violencia homotransfóbica; Racismo; Discurso judicial; Criminalización de la homotransfobia; Hábeas Corpus n. 82424/RS.

Data de submissão: 23/06/2023

Data de aceite: 23/08/2023

1 INTRODUÇÃO

Uma vez considerado o sistema jurídico como um organismo que se efetiva tanto na produção normativa quanto na operação concreta no campo prático, existindo na correlação entre um plano das normas e dos fatos e sendo linguisticamente concretizado nos mais variados fatos jurídicos, torna-se

possível constatar como sua linguagem técnica condiciona algumas praxes sociais. A linguagem constitui, nesse sentido, uma das instituições humanas resultantes da vida em sociedade, estando aqui incluído o Direito como uma das formas sociais institucionalizadas que se manifesta através dela, a qual possibilita e proporciona a sua existência. A expressão “Direito como linguagem” deve, então, ser compreendida como uma prerrogativa da juridicidade que permite constituir as relações jurídicas no campo pragmático, constituindo o que Alexy (2001, p. 211) denomina de um caso especial de argumentação prática geral.

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, no tocante ao trato dos direitos da comunidade LGBTQIAP+, principalmente os de dispor de sua própria sexualidade e identidade de gênero, expressões de sua autonomia, um dos grandes problemas que se vivencia é como as normas jurídicas estão dispostas e até mesmo de como o nosso sistema está organizado para atender as demandas daquela comunidade e o que se verifica na experiência nacional é que a sociedade brasileira foi formada por um pilar homotransfóbico, definindo um padrão binário como paradigma a ser seguido, o que implica assumir a heterossexualidade e uma identidade cisgênero sempre como únicas opções possíveis.

É tanto que ainda não existe uma lei própria contra a discriminação sexual e de gênero no país, ou seja, mesmo com os comandos normativos previstos na Constituição de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, o Congresso Nacional se omite em tutelar própria e especificamente a homotransfobia.

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que tal prática preconceituosa, enquanto perdurar o estado de mora legislativa, deverá ser equiparada ao crime de racismo previsto na dita lei nº 7.716/1989, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733. O Relator da ADO nº 26, Ministro Celso de Mello, entendeu que a homotransfobia configura uma modalidade de

racismo político e social, em conformidade com a definição de racismo já adotada pela Corte em outra ocasião (o julgamento do “Caso Ellwanger” no Habeas Corpus (HC) 82424/RS, julgado pelo STF em 17/09/2003), visando conceder a mesma proteção jurídica.

Este artigo busca, dessa forma, explorar o porquê que ainda permanece difícil a persecução criminal da homotransfobia, mesmo após o julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020), investigando quais são os fatores, tanto a nível institucional quanto estrutural, que ainda obstam a máxima efetividade das teses lá aprovadas pelo STF.

Isso porque, apesar da decisão tomada, tem-se que a praxe das delegacias e dos tribunais ainda não alcançou todos os efeitos desejados, não combatendo corretamente o preconceito, a intolerância e a violência que pessoas LGBTQIAP+ são submetidas no Brasil. Questiona-se, assim, quais os fatores que obstam a máxima efetividade da persecução penal da homotransfobia, dificultam a punição da discriminação sexual e de gênero, facilitam a tolerância com esse comportamento preconceituoso e flexibilizam as teses aprovadas pelo STF no referido julgado, tornando meramente simbólica a promessa da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020).

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO NA SEARA DO DIREITO ANTIDISCRIMINATÓRIO: DISCURSO *QUEER* COMO UM CASO ESPECIAL DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Preliminarmente, de modo a ressaltar a relevância do correto entendimento acerca da diversidade sexual e de gênero na hermenêutica judicial, destinar-se-á este momento inicial para o debate de alguns conceitos fundamentais sobre o discurso *queer* e de como ele não só se baseia, mas também necessita do procedimentalismo-argumentativo alexyano.

Por *queer*, de um modo geral, deve-se entender aquele que não se identifica com expressões dos sexos e gêneros heteronormativos, vindo a palavra do termo inglês que pode ser traduzido como estranho, “torto e desviado”, mas hoje ressignificado, de modo a se considerar que o gênero e a

identidade sexual são construídos social e culturalmente, variáveis, portanto, não sendo determinada por fatores biológicos. É um “conceito guarda-chuva”, assim como o “LGBTQIA+” ou “LGBTI+”, inclusive incluído pelo primeiro deles, mas preferível, principalmente por abarcar maiores identidades de gênero e sexo que as letras elencadas na sigla.

Esse é o *queer* enquanto sujeito e identidade, mas o *Queer*, enquanto movimento, surge nos Estados Unidos na década de 1980, influenciado pelo pós-estruturalismo francês, contrapondo criticamente os estudos sociológicos sobre minorias sexuais e a política identitária dos movimentos sociais existentes até então, marcados, inclusive, por uma óptica similar à heteronormativa de se normalizar a posição sexual e neutralizá-la do ponto de vista político hegemônico (Miskolci, 2012, p. 22).

Reitera-se aqui essa preferência, dada a superação que as correntes *queers* promovem em comparação com outras correntes identitárias, porque os movimentos gays e lésbicos precedentes à Teoria *Queer* visavam criar, em um primeiro momento, uma identidade homossexual unívoca que pudesse ser aceita e integrada à sociedade, uma identidade normativa de sujeito gay, mas que ainda expressasse uma masculinidade nos moldes tradicionais para obter êxito em sua socialização.

O *Queer*, diferentemente, promove uma ruptura com a definição de uma identidade dentro do rol restrito das identidades já aceitas e legitimadas: homem ou mulher, hétero ou homo, desafiando essas dicotomias e problematizando as compreensões clássicas do que é um “sujeito” e do que é uma “identidade”, superando a estabilidade e coesão esperados de um sujeito central e determinado, e evitando, ao máximo, a formação de “*uma política de identidade pode se tornar cúmplice do sistema contra o qual ela pretende se insurgir, os teóricos e as teóricas queer sugerem uma teoria e uma política pós-identitárias*” (Louro, 2013, p.47).

Nessa perspectiva, os estudos *queers* se destacam, sobretudo, nas considerações sobre a travestilidade, a transgeneridade e a intersexualidade,

bem como a qualquer grupo pertencente a uma cultura sexual não-hegemônicas, sendo mais amplo, portanto, do que o termo LGBTQIA+.

Feita essa ressalva inicial, adotar-se-á neste trabalho ora o termo “*queer*”, como sujeito e movimento social, ora a sigla “LGBTQIAP+” ou “LGBTI+”, para a comunidade. Por conseguinte, ainda no tocante ao que Regina Facchini (2005) apelida, respeitosa e didaticamente, de “sopa de letrinhas”, torna-se possível também atestar que a comunidade LGBTQIAP+ não deve ser entendida como uma coletividade homogênea, ao revés, é uma comunidade caracterizada pela diversidade de seus integrantes, composta pela reunião de pessoas e grupos sociais distintos com elevado grau de diferenciação entre si, embora unidos por um ponto comum: a sua absoluta vulnerabilidade agravada por práticas discriminatórias e atentatórias aos seus direitos e liberdades fundamentais.

Ter esse universo conceitual como premissa ajuda a derrogar a ideia, já consolidada, da designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, que diz respeito à sua conformação física e anatômica pautada na mera verificação de fatores genéticos, gonadais, genitais ou morfológicos, como a observação de aspectos físicos externos, constatação de cromossomos femininos ou masculinos, ovários ou testículos etc.

De fato, a categoria “sexo” existe, porém não pode ser utilizada como forma de limitar as mais diversas identidades sexuais, muito menos as de gênero, afinal, o “sexo” não se confunde com este último. O gênero, dissociado dos caracteres biológicos, é assentado em fatores psicossociais e culturais, referindo-se à expressão da masculinidade e da feminilidade dentro de determinada sociedade, isto é, o gênero é construído socialmente a partir das relações sociais que são atribuídas entre os homens, mulheres e entre homens e mulheres.

Toda essa contextualização é necessária para sempre se ter em mente ao longo da leitura deste artigo que a linguagem, e principalmente a argumentação jurídica, podem servir como verdadeiro abuso de poder de uma política discriminatória relacionada aos direitos LGBTI+. A linguagem, vale lembrar, é “*a instituição social que supera todas as outras. Representa o mais*

poderoso instrumento de controle da sociedade sobre todos nós” (Berger; Berger, 2004, p. 163) desempenhando um papel quase que pedagógico dentro do que convém à própria sociedade, sendo ela um dos primeiros instrumentos de formação da subjetividade do indivíduo.

Nesse diapasão, a língua se torna um verdadeiro instrumento de socialização, incorporando sujeitos a sociedade, garantindo que ele tenha acesso à vida em coletivo, apesar de, para tal feito, alterá-lo em sua dimensão individual. Esse processo de socialização não é neutro, possuindo a linguagem uma carga valorativa e ideológica expressiva, indo desde o momento em que o indivíduo é socializado até o momento de perpetuação dessa sociedade na história, alcançando aqui as ciências e as instituições sociais, como dito. Essa linguagem produz conceitos, métodos e ciências, em especial a Antropologia, que colaboram com o nivelamento da cultura e com a exclusão de qualquer linguística que não a heteronormativa (Suárez, 1997, pp. 43-44).

Os conceitos e proposições lançados no cotidiano humano estão marcados pela binariedade na língua, o que colabora com a opressão de pessoas trans, não-binárias, intersexos e aquelas cujo gênero é não-conformante. O Direito, como toda ordem social, não foge a esse dado. Ele, além de ser um objeto cultural, é também um objeto linguístico, residindo aí duas portas de entrada para o abuso de uma normatividade cisgênero (a língua e a cultura), catalisando, dessa forma, os problemas destacados anteriormente de nivelar a identidade cultural e subjetiva das pessoas e perpetuar uma binariedade demarcatória.

Assim, percebe-se que modo o problema da concretização de direitos e garantias das pessoas *queers* está ligado como o modo que o sistema jurídico está organizado e positivado, principalmente no espaço do discurso jurídico, a depender da teoria e técnica hermenêutica utilizada. E, tendo o Direito uma língua própria, e sendo ele uma espécie de discurso, há, pois, de ser construído argumentativamente, como reconhece a Teoria da Argumentação de Robert Alexy na Ciência Jurídica.

De modo geral, o hermenêuta destaca o problema da justificação das sentenças normativas evidenciando que a imprecisão do direito como um objeto linguístico e a possibilidade de conflitos entre normas ou a de não haver norma prevista para o caso, funcionam como empecilhos para a aplicação das normas positivas e consequente concretização dos direitos. Isso o leva a construir uma Teoria sobre o Discurso Jurídico como um caso especial do Discurso Prático Geral (Alexy, 2001, p. 211), analisando de que forma, argumentativamente, se pode justificar regras, seja internamente em relação ao ordenamento jurídico ou externamente em relação às demandas da sociedade.

Destarte, o autor dá especial atenção à pretensão de correção que a argumentação e o discurso jurídico desempenham sobre o Direito, efeito causado a partir da consideração de premissas de regras de leis positivas, premissas de afirmações empíricas e premissas que não são nem regras de lei escrita nem afirmações empíricas (Alexy, 2001, p. 224), e mesmo que ampliando demasiadamente o campo de justificação do Direito, definindo de que modo o julgador deve manter uma decisão que seja racionalmente justificável.

Em suma, para a questão dos direitos das pessoas *queers*, não basta somente um processo indutivo silogístico no trato dos direitos positivados, como teorizam os positivistas, devendo-se deslocar o foco do julgador para um ambiente mais concreto para a operação do fenômeno jurídico, a própria decisão judicial, observando o procedimentalismo argumentativo alexyano. Nesse contexto, a busca pelo combate efetivo à discriminação sexual e de gênero no bojo da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 (Brasil, 2020) foi discursivamente conduzida pelo STF, viabilizando argumentativamente, nos moldes alexyanos, a identificação do comportamento heteronormativo segregativo e o reconhecimento da homotransfobia como uma forma contemporânea de racismo social.

No que se refere a essa argumentação prática geral, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu na ADO nº 26, partindo da praxe *Queer*, que a transsexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não podem ser arbitrariamente negados, pois estão agasalhados pela abertura valorativa da

Carta Política de 1988, sendo que a autodeterminação do próprio gênero qualifica-se como poder fundamental daquele que compõe o grupo LGBTQIAP+, *“poder jurídico esse impregnado de natureza constitucional, e que traduz, iniludivelmente, em sua expressão concreta, um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos”* (Brasil, 2019, p. 52-53, grifo próprio).

Esse julgado, como se verá a seguir, constitui um grande exemplo de como a Suprema Corte brasileira adotou, a partir do discurso jurídico, a discriminação sexual e de gênero como um caso específico de racismo, conciliando, por meio de uma argumentação prática, tanto as premissas do ordenamento quanto da moral comunitária, justificando sua decisão interna e externamente.

3 PORQUE É POSSÍVEL FALAR EM “RACISMO HOMOTRANSFÓBICO”?: DISSECANDO A ADO Nº 26/DF E O MI Nº 4.733/DF

Em 13 de junho de 2019, o STF decidiu, como resultado da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733 (Brasil, 2020), que as práticas LGBTI+fóbicas se enquadram na lei nº 7.716/1989, fazendo com que o movimento LGBTI+ compartilhasse com os movimentos negros a luta pela efetivação de um diploma legal que, não só enfrenta dificuldades para combater o racismo em todas as suas expressões, como também não é suficientemente utilizado para persecução dos tipos penais nela previstos. Neste momento, então, discutir-se-á de que modo a discriminação sexual e de gênero foram equiparadas ao delito de racismo, nos termos da lei nº 7.716/89 que prevê os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

A controvérsia reside, no entanto, no fato de que a lei é voltada para condutas em que o preconceito manifestado ocorre em razão da raça ou da cor da vítima, o que, em tese, num primeiro momento, poderia levar a conclusão de que não está contida no seu âmbito de incidência a discriminação de gênero ou sexual. Assim, considerando a legalidade estrita e a taxatividade penal, poder-

se-ia afirmar, até 2019, que a Lei nº 7.716/89, por não conter previsão expressa nesse sentido, não serviria para a punição de condutas homofóbicas e transfóbicas.

A partir dessa conjectura, no ano de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou o MI nº 4.733 (Brasil, 2020) pretendendo o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrassem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, sustentando a Impetrante que a demora do Congresso Nacional seria inconstitucional, tendo em vista o dever contido nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF de editar legislação criminal sobre a matéria.

Após um ano, o Partido Popular Socialista ajuizou a ADO nº 26, também pugnando que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. Sustentou o Partido- Requerente que a criminalização específica das condutas homotransfóbicas e de discriminação sexual e de gênero em geral não era uma faculdade do legislador, mas sim um mandamento constitucional de combater o racismo e as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Parcela desses comandos já foi cumprida pelo Congresso Nacional na punição de diversas condutas discriminatórias já listadas na lei nº 7.716/89, mas havia ainda a omissão no que tange à homofobia e transfobia.

Isso decorre, historicamente, da correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, de maneira que a divisão dos seres humanos em raças pautadas nesse critério seria fruto de um processo político-social originado da intolerância dos homens dentro dos processos imperialistas e neocolonialistas.

Nesse contexto, o conceito de raça sob o viés biológico é obsoleto, e deve sua interpretação ser conferida de acordo com o princípio da dignidade do ser humano e o Estado Democrático de Direito, não se resumindo a um conceito de ordem estritamente antropológico ou biológico. Ao revés, se propõe numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua

abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

A partir disso, é inegável reconhecer que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebida, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do “Caso Ellwanger” (HC 82.424/RS), a ponto de se conceber, ainda, que o legislador, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal da lei nº 7.716/89 apenas em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional, teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, por conseguinte, mesmo que omissivamente, o que estabelece a Constituição.

Ao chegar nessa conclusão, o Supremo Tribunal Federal, quanto ao MI nº 4.733 (Brasil, 2020), o julgou procedente para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a lei nº 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

Ademais, quanto à ADO nº 26, o Supremo, também julgou a ação procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação, declarando, por consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União.

Utilizou-se também da técnica hermenêutica de interpretação conforme à Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CF, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, qualificando as práticas homotransfóbicas como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada

pelo STF no julgamento do Caso Ellwanger, na medida em que tais condutas importam em atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

De um modo geral, afirma-se que este julgamento reflete a função contramajoritária que o STF possui de, no Estado Democrático de Direito, conferir efetiva proteção às minorias, desempenhando sua responsabilidade institucional de protegê-las contra eventuais excessos da maioria, representadas pelo Parlamento numa democracia representativa ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito e da discriminação.

Mais do que somente ver a discriminação sexual de gênero como uma forma de racismo social e político, ao se equiparar a homotransfobia ao delito previsto na lei nº 7.716/89, o combate à violência LGBTI+fóbica também incorpora um antigo e triste debate da persecução criminal dos delitos de discriminação racial: o embate de adequação típica entre racismo e injúria racial, ou seja, a linha tênue, às vezes muito falaciosa, entre atingir a honra de um sujeito individualmente ou coletivamente considerado.

Destarte, apesar da superveniência da lei nº 14.532/2023, responsável por alterar a lei nº 7.716/1989 e o Código Penal para tipificar como crime de racismo a injúria racial, verifica-se que ela ainda se limitou a definir como forma específica do crime de racismo a ofensa a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional, porém nada dispendo sobre o gênero ou a sexualidade do ofendido, de modo que ainda permanece, para a persecução penal do racismo homotransfóbico, a celeuma anteriormente referida.

Sobre o tema, José Emílio Medauar Ommati (2019, p. 180-184), enuncia que é profundamente artificial a diferenciação pretensamente “ontológica” entre a ofensa a uma coletividade racial e a ofensa a um indivíduo em sua honra por elemento racial, meramente formal e ideal, e, desenvolvida majoritariamente pela jurisprudência brasileira.

Assim, qualquer ato que possa agredir, ofender, discriminar e mesmo matar pessoas por sua mera orientação sexual ou identidade de gênero transgênera, deve seguir o mesmo rumo que a decisão do STF, sendo falacioso o discurso que tente separar a ofensa ao indivíduo de uma agressão à comunidade LGBTQIAP+, pois a conduta revela inaceitável comportamento racista, na acepção social e política mencionada acima contra os LGBTI+.

Não se pode mais tolerar a relativização do discurso de ódio e a flexibilização da repressão penal à prática da homotransfobia, voltando ao obsoleto debate entre “racismo x injúria racial”, pois tais manifestações preconceituosas, mais uma vez, seja referentes à vítima individual ou coletivamente considerada, permanecem sendo o mesmo ato de racismo e configuram inegável discurso de ódio homotransfóbico, expressões que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

Não obstante, deve-se também ter em mente que outro desafio específico da persecução penal da homotransfobia se dá em relação ao dolo homotransfóbico, ao qual se dispensa um tratamento mais singular da discriminação racial por cor, etnia ou procedência nacional, isto é, se no racismo por discriminação por cor, há a supremacia branca em detrimento de outras, aqui no racismo homotransfóbico, há a tentativa de consagração do que a doutrina chama de “heterossexismo” ou simplesmente supremacia da heterossexualidade.

A homotransfobia, então, deve ser entendida sob dois enfoques distintos, um pessoal, tipicamente emocional, que se manifesta pela rejeição dos membros da comunidade LGBTI+; e outro cultural, em que o objeto da rejeição não é o LGBTI+ ou o *queer* enquanto indivíduo, mas a ideia de homossexualidade, transsexualidade, de identidade de gênero não-conformante, o que pode se ver na atualidade com o fenômeno da “ideologia de gênero”.

Essa percepção de que a homotransfobia não se refere ao não-acolhimento afetivo, individual e psicológico, dos LGBTI+'s, mas também a essa questão cultural e política, permite com que se possa constatá-la 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” (PRADO; JUNQUEIRA, 2011, p. 57, grifo próprio), evidenciando que as normas de gênero costumam estar associadas a um esforço corretivo e normalizador.

Isso decorre de um padrão de conduta heterocissexista, que tem o machismo como origem remota, pautado no binarismo de gêneros, menosprezando homens e mulheres que não se comportam conforme o que a sociedade espera em termos de masculinidade e feminilidade (Vecchiatti, 2008, p. 46). O dolo homotransfóbico reside, então, na consideração de outrem (no caso, homossexuais, transgêneros ou *queers*) como desigual, inferior, anormal, aproximando e se articulando a outras formas de discriminação como a xenofobia, o racismo e o antissemitismo.

Assim, questiona-se o porquê essas considerações não estão encontrando ressonância nos demais operadores do Direito, principalmente naqueles responsáveis pelo atendimento mais próximo e imediato da ocorrência do crime, como são os agentes de polícia judiciária e os magistrados que atuam no primeiro grau de jurisdição.

4 AS MEMÓRIAS DE SODOMA E GOMORRA NAS DELEGACIAS E NOS JUÍZOS BRASILEIROS: COMO TIRAR A DECISÃO DO STF DO PAPEL?

Indagando-se sobre uma possível genealogia da violência homotransfóbica, certamente aparecerá as figuras de Sodoma e Gomorra, vez que a ortodoxia judaico-cristã pode ser considerada a precursora das ideologias heterossexistas e homotransfóbicas amplamente disseminadas no contexto ideológico, social, cultural, religioso e jurídico no Brasil (Coelho, 2015, p. 165).

É como se os habitantes de Sodoma e Gomorra, cidades marcadas pela “perversão e pelo pecado”, na visão cristã, fossem merecedoras de punição por

serem “contrários à natureza” (Agostinho², 1977, p. 79 *apud* Coelho, 2015, p. 173) e, nesse contexto, essa mesma noção foi refletida no aparato institucional brasileiro a partir do processo de colonização do país. Exemplo disso é que as Ordenações Afonsinas, primeiro conjunto de normas jurídicas coloniais, nos padrões germânicos, além de definirem a prática homossexual como pecaminosa perante Deus, também a qualifica como crime, prevendo, como punição, que os que se comportassem de modo sodômico, deveriam ser queimados assim como foram os habitantes de Sodoma e Gomorra.

Percebe-se que tão evidente quanto o rigor da punição, que perdurou até a edição do Código Criminal do Brasil Império de 1830, é a necessidade de seu efeito corretivo de apagar o ideário homossexual (aqui devendo-se incluir a transexualidade e as identidades de gênero *queer*, adaptando-o à contemporaneidade), muito no intento de fortalecer a opressão e de fazer desaparecer o que um dia o indivíduo foi. Dá-se ênfase aqui à repercussão do ato de apagar e de fazer desaparecer, pois o Estado se comporta de forma realmente indiferente diante das violências perpetradas contra gays, lésbicas, travestis e transexuais, e até mesmo corrobora para a segregação desse grupo de pessoas.

Um relatório feito pela organização não-governamental “*All Out*” (Bulgarelli *et al*, 2021), por exemplo, apresentou 34 causas que obstam ou pelo menos dificultam a efetivação das denúncias ou causam resistência das forças de segurança pública e do sistema judicial em reconhecer e aplicar a decisão do STF na redução da violência contra pessoas LGBTQIAP+, mesmo após mais de três anos do julgamento. De fato, as memórias de Sodoma e Gomorra podem ser observadas em órgãos que atuam na área de Segurança Pública no Brasil dada a promoção de um verdadeiro esquecimento de tudo que é atrelado à prática e ao exercício dos direitos LGBTQIAP+.

O relatório foi feito com base em barreiras identificadas a partir de entrevistas realizadas com profissionais das polícias civil e militar, promotorias,

2 AGOSTINHO, S. **Confissões**. Porto: Oficinas, 1977.

defensorias, membros da magistratura, advocacia especializada em direitos LGBTQIAP+ e militantes de todas as regiões do país, concluindo por dificuldades de múltiplas dimensões como: processos estruturais e culturais, falta de transparência e opacidade do Estado, empecilhos para o reconhecimento jurídico e ineficácia dos procedimentos institucionais.

Neste artigo, sem menosprezar todas as outras barreiras, selecionar-se-á a causa estrutural do modelo de policiamento dos Sistemas de Justiça e Segurança Pública que negligencia a proteção a grupos vulneráveis, quando não os antagoniza, a causa institucional geradas pelos treinamentos insuficientes das Delegacias de Polícia para lidar com os casos de homotransfobia nos procedimentos de denúncia, e, por fim, a causa jurídica propriamente dita sobre a dificuldade de produzir provas e de comprovar a intencionalidade do crime homotransfóbico e, mais uma vez, o dissenso dos órgãos jurisdicionais em não solucionar a adequação típica entre racismo e injúria racial.

Antes do modelo de policiamento, releva salientar, ainda, a pesquisa realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), que detectou um comportamento evidentemente homotransfóbico presente em parte significativa de policiais militares, a começar pela formação dos oficiais. Um estudo (França, 2016, p. 154) feito a partir da entrevista de alunos homoafetivos que ingressaram no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar da Bahia evidenciou como a dominação masculina naturaliza uma cultura organizacional na qual o atributo “ser homem” fortalece valores belicistas, reiterando, dessa forma, um certo tipo de comportamento em toda a instituição.

Fácil observar, dessa forma, que a cultura organizacional das polícias brasileiras, em especial a das militares, permaneceu não só historicamente fechada ao debate racial (Bulgarelli *et al*, 2021, p. 36), mas também direcionada para a construção estrutural de uma hierarquia estigmatizadora, em uma organização profundamente machista, desenvolvendo dispositivos e estratégias de negação e silenciamento do antirracismo para a manutenção do heterocissexismo.

Convém também ressaltar que o mesmo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020, p. 23) mapeou no ano de 2020, ou seja, no ano subsequente ao da decisão do STF sobre a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, que 24% (vinte e quatro por cento) dos assuntos mais compartilhados por Policiais Militares são de conteúdos contrários à homossexuais e transexuais.

Mas não é só a mudança organizacional da Instituição que resolverá essa questão estrutural, sendo imprescindível reformar também o modelo de policiamento que constantemente se dedica à repressão ao tráfico de drogas e a persecução de delitos contra o patrimônio, negligenciando, por conseguinte, a proteção a grupos vulneráveis. A instituição não se volta ao reconhecimento e ao combate à discriminação contra pessoas negras e LGBTI+ de forma preventiva e permanece avessa a essas questões com baixa destinação de recursos financeiros, humanos, sociotécnicos e infraestruturais para atender grupos mais vulnerabilizados, o que impacta diretamente o julgamento do STF.

Verifica-se, ainda, uma constante descontinuidade de ações das instituições policiais e judiciárias direcionadas a efetivar direitos LGBTI+, sobretudo por conta de treinamentos insuficientes das polícias e dos auxiliares da Justiça (escrivães, chefes de secretaria e oficiais de justiça) para lidar com os casos de discriminação sexual e de gênero, seja no despreparo da Polícia Civil no exercício da competência de investigação dos crimes LGBTIfóbicos, que, como aponta Bulgarelli *et al* (2021, p. 52), apresentam padrões próprios de motivação e execução, seja na falta de capacitação para o mero atendimento da população LGBTI+, como, por exemplo, condutas impróprias destacadas nas entrevistas, falta de conhecimento sobre o significado de nome retificado, insistência durante o atendimento no uso do nome de registro civil quando ele ainda consta nos documentos pessoais.

O atendimento dos profissionais ligados à segurança pública para com as demandas da população LGBTQIAP+ tem caminhado mais para o campo da revitimização do que da viabilização de seus direitos, o que significa dizer que esse descrédito que a comunidade LGBTQIAP+ sofre por parte das instituições de segurança e justiça é agravado pelo receio de acaso escolham dar início à

persecução penal, serem revitimizadas, o que fundamenta o completo esvaziamento do julgamento do Supremo.

Inclusive, o relatório “Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+” (Brasil, 2022) realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2022, mapeou, dentre outras coisas, os casos judicializados de violências sofridas pela população LGBTQIA+, enquadradas ou não como homotransfobia, concluiu que não só o atendimento policial, responsável por colher maiores elementos informativos caracterizadores da justa causa penal, é relatado como revitimizador ao desqualificar, culpabilizar as vítimas, não investigar e ignorar provas fornecidas por elas, como também que, dos casos identificados, 85,3% (oitenta e cinco unidades e três décimos de por cento) foram caracterizados pela acusação como decorrentes de LGBTfobia, mas em apenas 46,1% (quarenta e seis unidades e um décimo de por cento) o magistrado considerou essa caracterização na fundamentação do decisório.

Isso permite evidenciar a formação de um senso comum de que parte considerável dos juízes permanecem com um posicionamento conservador e aplicam a dogmática tradicional sem muita reflexão, a despeito da decisão do STF, promovendo, em última análise, a dupla punição do ofendido.

A revitimização decorre, assim, do histórico de desrespeito à identidade de gênero pelos agentes públicos, acompanhada do mau atendimento prestado a pessoas LGBTI+ em unidades policiais, as quais às vezes insistem ora em não reconhecer a conduta denunciada como crime, ora em não dar a capitulação jurídica correta ao ato manifestamente racista. Essa é, por fim, talvez a mais perversa das barreiras, vez que casos de racismo são comumente entendidos como injúria racial, fator que tem um efeito bastante profundo ao desprestigiar a luta da comunidade LGBTQIAP+, retirando a eficácia da norma incriminadora do racismo e impossibilitando as suas condenações.

Esse entendimento limitado, que era até então aplicado à discriminação com base em raça e etnia, passa agora a afetar também os processos em torno da LGBTifobia, porém, como já visto, com a superveniência da lei nº

14.532/2023, ainda resta a discussão sobre qual os tipos penais aplicar para casos de racismo homotransfóbico.

Em suma, a decisão do STF, apesar de sua importância, depende de outros vários fatores, estruturais e institucionais, para se visualizar, na prática, a perseguição penal da discriminação sexual e de gênero, constituindo apenas o primeiro passo para o efetivo reconhecimento institucional do preconceito e da discriminação sistemática contra pessoas LGBTQIAP+ no Brasil, o que não esgota a necessidade de aprimoramento no enfrentamento às barreiras institucionais apontadas para efetivar a aplicação da Lei 7.716/1989 à violência e ao racismo homotransfóbico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

BERGER, Peter; BERGER, Brigitte. O que é uma instituição social?. *In*: FORACCHI, M.; MARTINS, J de S. **Sociologia e sociedade**: leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26/DF**. Requerente: Partido Popular Socialista. Impetrado: Congresso Nacional. Min. Celso de Mello. Brasília: DJ, 06 out. 2019. Disponível em: <https://redir.stf.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 4733/DF**. Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros - ABGLT. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: DJ, 29 set. 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 06 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório da pesquisa**: discriminação e violência contra a população LGBTQIA+. Brasília, DF: 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-pesquisa-discriminacao-e-violencia-contra-lgbtqia.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

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

Disponível em:

https://s3.amazonaws.com/s3.allout.org/images/LGBTIfobia_no_Brasil_-_All_Out_e_Instituto_Matizes.pdf. Acesso em: 18 fev. 2023.

COELHO, Rafael Teruel. A tradição judaico-cristã e a homofobia: substratos ideológicos de um preconceito. **Cadernos de Gênero e Diversidade**, v. 1, n. 1, p. 162-180, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/13945>. Acesso em: 21 fev. 2023.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DECODE. **Política e fé entre os policiais militares, civis e federais do Brasil**. São Paulo: FBSP, 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/politica-e-fe-entre-os-policiais-militares-civis-e-federais-do-brasil/. Acesso em: 22 fev. 2023.

FRANÇA, Fábio Gomes. Hierarquia da invisibilidade: preconceito e homofobia na formação policial militar. *In*: Fórum Brasileiro de Segurança Pública (org.). **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 10, n. 2, ago/set 2016. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/700/244>. Acesso em: 22 fev. 2023.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho**: ensaios sobre sexualidade e teoria *queer*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer**: um aprendizado pelas diferenças. São Paulo: Autêntica, 2012.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PRADO, Marco Aurélio Máximo; JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia, hierarquização e humilhação social. *In*: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. **Diversidade sexual e homofobia no Brasil**. São Paulo: Perseu Abramo, 2011.

SUÁREZ, Mireya. A Problematização das Diferenças de Gênero e a Antropologia. *In*: AGUIAR, Neuma (org.). **Gênero e Ciências Humanas: Desafio às Ciências desde a Perspectiva das Mulheres**. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.