

OS ENTRAVES NA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA

THE OBSTACLES TO THE CRIMINALIZATION OF LGBTPHOBIA

Ana Carolina da Silva Furtado¹

Danielli Noleto da Silva²

Pedro Araújo Magalhães Junior³

RESUMO

Este artigo objetiva apontar as principais barreiras que dificultam o processo de criminalização da LGBTfobia. Muito embora, tenha sido firmado entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2019, através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e de um Mandato de Injunção, equiparando-a ao crime de racismo tipificado pela Lei n. 7.716/89, ainda é notório que existam entraves que dificultam ou impossibilitam as vítimas de terem acesso aos seus direitos, especialmente, por parte das autoridades da segurança pública e do Poder Judiciário. Desta feita, esta pesquisa pretende analisar a lei de criminalização da LGBTfobia, o mais recente relatório da pesquisa “Descriminação e violência contra a população LGBTQIA+” (2022), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como, uma diversidade de obras que corroboram com o tema. Considerando a multidisciplinariedade do assunto, será feita a intersecção de vários ramos do Direito, como Direito Penal, Direito Constitucional, Direitos Humanos Fundamentais, entre outros.

Palavras-chave: LGBTfobia; Criminalização; Preconceito.

ABSTRACT

This article aims to point out the main barriers that hinder the process of criminalization of LGBTphobia. Although, an understanding was signed by the Federal Supreme Court (STF), in 2019, through a Direct Action of Unconstitutionality by Omission and a Mandate of Injunction, equating it to the crime of racism typified by Law n. 7,716/89, it is still notorious that there are obstacles that make it difficult or impossible for victims to have access to their rights, especially by public security authorities and the Judiciary. This time, this research intends to analyze the law of criminalization of LGBTphobia, the most recent report of the research “Discrimination and violence against the LGBTQIA+ population” (2022), of the National Council of Justice (CNJ), as well as a diversity of works that corroborate the theme. Considering the

¹ Graduação em Tecnologia Agroindustrial pela “Universidade do Estado do Pará” – UEPA; Pós-graduação em Gestão de Pessoas pela “Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida” – FESAR; Graduanda no curso de Bacharel em Direito pela “Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida” – FESAR – Redenção/PA; E-mail: c.ana.furtado@gmail.com.

² Graduanda no curso de Bacharel em Direito pela “Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida” – FESAR – Redenção/PA E-mail: daniellinoletosilva@gmail.com.

³ Graduando no curso de Bacharel em Direito pela “Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida” – FESAR – Redenção/PA E-mail: pedromagaljr@gmail.com.

multidisciplinary nature of the subject, the intersection of several branches of law, such as Criminal Law, Constitutional Law, Fundamental Human Rights, among others, will be made.

Keywords: LGBTphobia; Criminalization; Preconception.

INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, ao longo dos tempos, a comunidade LGBTI+ vem sendo alvo de terríveis perseguições, permeadas de silenciamento tanto de suas narrativas, até mesmo de suas existências. O apagamento das pessoas que pertencem a essa comunidade, deturpa uma fração da história, e dificulta o entendimento de como se deu o processo de conquista de direitos em uma sociedade historicamente patriarcal e heteronormativa.

A trajetória da comunidade LGBTI+ é marcada por luta, o que gerou intensas mudanças e reconfigurações. Parte delas, ocorreu devido aos anseios e fatores sociais, outra parcela significativa se deu pelos grupos de militância, não só da própria comunidade em si, mas de vertentes afins como do movimento negro, feminista, de classe e outros. Além disso, algumas ações afirmativas de cunho internacional sobre Direitos Humanos também contribuíram para essas mudanças.

Este artigo fará uso da sigla “LGBTI+”, termo que caracteriza as diversas orientações sexuais e identidades de gênero, conforme discutido pelas lideranças nacionais da diversidade, previstas no “Manual de Comunicação LGBTI+” (2022) elaborado pela Aliança Nacional LGBTI+.

O interesse da presente pesquisa, se baseia na sua relevância tanto social como jurídica frente a uma crescente discussão sobre a criminalização da LGBTfobia, numa conjuntura de inércia do poder legislativo e de intervenção do judiciário. Baseia-se também na constante violação de direitos, bem como, na repercussão midiática e social que reverbera a luta da comunidade. É importante destacar que para o meio jurídico, a relevância se faz presente no tocante ao novo tipo penal a ser acrescido pelo Legislativo, e em como o Judiciário pode encarar essa novidade normativa em seu âmbito.

Portanto, serão objetos essenciais de estudo: a história da violência contra as pessoas da comunidade LGBTI+ e suas implicações ainda hoje tanto em âmbito social como jurídico; a busca por analisar quais os fatores legais, procedimentais e outros que constituem como entraves para a caracterização da LGBTfobia nos espaços de segurança pública e justiça; e por fim, analisar como o ambiente policial e judiciário recepciona esses casos. Nesse sentido,

a presente pesquisa tem como metodologia a abordagem quali-quantitativa com o uso de técnicas de investigação teórica: conceitual e normativa.

1. LGBTFOBIA

1.1. LGBTFOBIA: UMA LUTA HISTÓRICA

Nunca se fez tão necessário, como atualmente, que as novas gerações possam acessar a história. Uma vez que, se criou através dos meios tecnológicos, bem como, da internet, o hábito de se registrar tudo, “Vivemos em uma sociedade marcada pela cultura da memória. Somos assombrados pelo medo de esquecer e o dever quase obsessivo de lembrar” (FERREIRA; SACRAMENTO, 2019, p.234). Nesse sentido, resgatar memórias mais remotas acerca da luta LGBTI+ é um passo necessário para não se cometer retrocessos políticos e sociais.

A obra “Sopa de letrinhas?” da autora Regina Facchini (2005), traz recortes da história do movimento LGBTI+, dividido em três ondas com suas respectivas características:

A primeira onda do movimento LGBTI+ no Brasil, foi influenciada por diversos acontecimentos da década de 1970, inclusive de cunho internacional, como a “Revolta de Stonewall” (1969), a crise petrolífera, e claro a própria Ditadura Militar no Brasil. Para Facchini (2005), a primeira onda (1978-1983) é marcada pela criação do Movimento Homossexual no Brasil – MHB, encabeçado pelo grupo “Somos”, que segundo Ferreira & Sacramento (2019), teve como seu primeiro ato, o envio de uma carta protesto para os jornais da época, que deturpavam a imagem dos homossexuais na mídia. Nesse interim, o Jornal Lâmpião da Esquina e outros do mesmo cunho foram essenciais no combate ao preconceito que obscurecia as identidades queer.

É importante destacar que o grupo “Somos”, o “Lâmpião de Esquina”, o “Chanacochana”, GGB – Grupo Gay da Bahia e entre outros coletivos e ONGs, não só combatiam as agressões sofridas pela comunidade nos diversos âmbitos, como também promoviam informações e visibilidade à comunidade em pequenas edições de jornais.

A segunda onda (1984-1992), de acordo com a autora, foi marcada pela epidemia do vírus HIV/AIDS, em que muitos grupos foram desfeitos e ativistas que antes se dedicavam a causa homossexual passaram a lutar exclusivamente contra a epidemia, exigindo do Estado respostas sobre a doença. Somado a toda a luta da comunidade já existente, surge a necessidade

da despatologização, uma vez que a epidemia do HIV/AIDS, estigmatizou os homossexuais, sendo inclusive chamada de “câncer gay”.

Por fim, a terceira onda (1992-2005), caracterizou-se pelo grande surgimento de ONGs e grupos de diversas identidades sexuais e de gênero, que antes não ocupavam o centro das discussões, como as lésbicas, travestis, transsexuais e bissexuais. Com isso, houve um intenso avanço de políticas públicas afirmativas, que se pode verificar até hoje.

A história da comunidade LGBTI+ está diretamente ligada a um histórico de violência injustificada e escancarada. Ao longo dos anos diversas sociedades marginalizaram todas as pessoas que exibiam comportamentos diferentes do que era instituído como “certo” ou do “padrão social” vigente.

Os padrões sociais relacionados a sexualidade, segundo Pedra (2020), dividem as pessoas em grupos totalmente distintos, sendo um onde os comportamentos são aceitos socialmente e validados na sua forma de manifestar, inclusive nas ruas sem sofrer retaliações, e os outros que estão a margem, como é o caso LGBTI+.

Podemos observar que a LGBTfobia no Brasil acontece e se estabelece de forma estrutural, isso se dá quando existem grupos em que seus privilégios são normalizados pela sociedade, assim como, também, são normalizados a manutenção constante da inferiorização de outros grupos. “A naturalização dessas discriminações é o que lhes dá o caráter estrutural.” (PEDRA, 2020, p.21)

Portanto, questionar os padrões existentes em nossa sociedade é um requisito essencial para remodelar as estruturas sociais, que trazem consigo preconceitos, estigmas e inúmeros retrocessos. Para Pedra (2020), alcançar este lugar não é uma tarefa fácil, porém a linguagem desempenha um papel importante nesse processo, pois a percepção de mundo que as pessoas possuem é moldada pelas ideologias com que convivem e que são impulsionadas por diversos tipos de narrativas.

O Direito, por exemplo, desempenha um papel fundamental nesse contexto, pois os discursos jurídicos constantemente produzidos e reproduzidos, possuem um grande alcance em diferentes esferas da sociedade, o que possibilita uma verdadeira formatação da realidade social. (MOREIRA, 2017b, p.840-842). Nesse sentido, pautas sobre a comunidade LGBTI+ e seus direitos, devem ser encorajadas, seja nas mais diversas instâncias do poder judiciário, como no campo científico e acadêmico do Direito, pois estamos diante de uma emergência social e jurídica.

. Pedra (2020), traz uma importante reflexão acerca do uso da linguagem como instrumento de inclusão ao questionar a evolução da linguagem, objetivando alcançar todos os sujeitos. No entanto, o não reconhecimento dos conceitos e seus significados, ou das histórias e vivências que elas carregam, impossibilitam o acesso às pessoas que precisam ter seus direitos individuais e coletivos tutelados, principalmente por entidades e autoridades que deveriam fazê-lo.

1.2. LGBTFOBIA É CRIME

O termo LGBTfobia é empregado para definir condutas discriminatórias contra pessoas gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transsexuais e outros (comunidade LGBTI+), em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero. A LGBTfobia não viola somente o princípio da igualdade inerentes a todos, mas principalmente contra a dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea no nosso texto constitucional.

O termo “LGBTfobia” foi aderido pela comunidade LGBTI+ na “3ª Conferência Nacional LGBT” ocorrida em 2016, na tentativa de reconhecer e incluir as mais diversas identidades de gênero e sexualidade. O termo empregado anteriormente era “homofobia”, uma vez que, as primeiras expressões do movimento de luta por seus interesses foram dos homens gays. No entanto, a evolução do conceito se faz necessária, para que ocorra uma ampliação na proteção das mais variadas identidades.

A LGBTfobia é um crime de ódio, toda a sua motivação e execução visa machucar e exterminar todas as pessoas que compõe a comunidade LGBTI+, pois toda a diversidade desse grupo incomoda os padrões sociais da maioria heteronormativa. Atualmente, as ONGs são as principais fontes de registro de dados acerca da população LGBTI+, inclusive sobre violência. Os altos percentuais de violência e mortes contra a comunidade não estão relacionados a acidentes de trânsito, ou doenças terminais, tão pouco balas perdidas, são especificamente crimes motivados pelo ódio, articulados e executados com a finalidade de causar dor e sofrimento a essa população. (PEDRA, 2020, p. 23-24).

A LGBTfobia pode se manifestar de diversas formas, porém todas elas são algum tipo de violência, e podem também ser praticada por qualquer pessoa, grupo, instituições e inclusive, até pelo Estado. Segundo Ramos e Nicoli (2016):

Enquanto violência psicológica, verbal e moral, a LGBTfobia manifesta-se de diversas formas. Por exemplo, através da atribuição de apelidos depreciativos, piadas e “brincadeiras” que inferiorizam e constroem pessoas LGBT. Ela também aparece sob a forma de discursos de ódio contra gays, lésbicas, bissexuais, pessoas trans e

travestis. Discursos que incitam o tratamento desigual, o desdém, o repúdio intransigente e a violência.

[...]

Enquanto violência física, a LGBTfobia é, no Brasil, uma verdadeira epidemia social que atenta contra a integridade física e a vida de pessoas LGBT. Ela atinge mais gravemente pessoas trans e travestis, homens gays e bissexuais afeminados. [...] São chutes, socos, tapas, pedradas, espancamentos, facadas, tiros, enforcamentos, decapitações e uma infinidade de outros tipos de violência. Evidentemente, a classe e raça são normalmente fatores que agravam ou aumentam o risco de agressões. Negros(as) e pobres estão ainda mais expostos(as) às violências perpetradas por indivíduos e agentes públicos. (RAMOS; NICOLI, 2016, p. 188-189).

As agressões psicológicas impedem que as vítimas desenvolvam autoestima, intensificando o sentimento de não pertencimento e de inferioridade, desse modo, elas se retraem e buscam isolamento, muitas vezes se automutilam e em alguns casos levam a morte. O sentimento de inferioridade leva a não aceitação de si mesma, o que reflete numa estagnação na luta por direitos e igualdade.

As agressões físicas, especialmente contra travestis e pessoas trans, possuem um alto índice no Brasil, inclusive, ocupando o primeiro lugar no rank de país que mais mata pessoas trans no mundo todo. O caso emblemático de Dandara dos Santos, uma travesti de 42 anos, que foi espancada em plena luz do dia e executada a tiros por um grupo de jovens no bairro em que morava, sem poder contar com a ajuda de nenhum vizinho para socorrê-la, esboça o cenário alarmante e quase doentio que uma sociedade heteronormativa é capaz.

O Direito, é o dos principais responsáveis no enfrentamento dessa violência, pois é a partir dos anseios sociais e dos acontecimentos da vida cotidiana que nasce o ordenamento jurídico. Contudo, no Brasil, apesar dos inúmeros avanços que a comunidade LGBTI+ conquistou, não foi graças ao Poder Legislativo brasileiro, que ainda possui projetos de lei discutindo temas importantes para a dignidade e segurança das pessoas LGBTI+, que são ferrenhamente barrados pelo conservadorismo do Congresso Nacional.

Como bem ressalta Caio Benevides Pedra (2020) em sua obra: “Direitos LGBT: a LGBTfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro”, em toda a história da produção legislativa federal não há uma vitória da comunidade LGBTI+, todas as conquistas até então foram frutos de ações do Executivo e, principalmente, do Judiciário, este último, inclusive, responsável pelos maiores êxitos da comunidade.

A pouco mais de dois anos, em 2019, foi julgado no STF (Supremo Tribunal Federal), a ADO 26 e o MI 4733, que reconheceu a LGBTfobia como crime de racismo. Nesse sentido, não são consideradas como espécies do gênero racismo, sua consideração se dá na criminalização relativa ao dever de punir toda discriminação atentatória a direitos e liberdades

fundamentais (art. 5º, XLI), no que, aqui incontestavelmente, a homofobia e a transfobia se enquadram. (VECCHIATTI, 2020, p. 14).

Ainda assim, mesmo com o reconhecimento da LGBTfobia como crime de racismo, as vítimas ainda encontram dificuldades para verem seus direitos reconhecidos. Além disso, se veem impossibilitadas de efetuar a denúncia, medida crucial para que o Estado exerça seu poder de polícia e puna os infratores. No entanto, os entraves que dificultam esse processo, são os próprios agentes de segurança, bem como os órgãos responsáveis, que durante a abordagem, ou na interrogação, ou recebimento da denúncia, agem com preconceito, desmerecendo as vítimas, e invalidando o crime já entendido pelo Judiciário.

Desta feita, o primeiro entrave em relação a criminalização da LGBTfobia sem dúvidas é o preconceito estrutural, que reverbera nos mais diversos âmbitos da sociedade, inclusive nos aparelhos do Estado, dificultando não apenas o acesso aos direitos inerentes quanto grupo ou sujeito de direitos, mas como ameaça à sua existência quanto ser humano.

2. TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE LGBTFOBIA E SUAS IMPLICAÇÕES

2.1. LGBTFOBIA E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO

Os princípios constitucionais como o da igualdade parte da premissa de que todos são iguais perante a lei e perante o Estado, no entanto, isso não condiz com a realidade. É importante que tenha uma forma específica de aplicação do tratamento isonômico a todos aqueles que precisam, porém, a Constituição Federal, não prevê uma forma efetiva de garantir isso.

No ano de 2006, especialistas em Direitos Humanos, reuniram-se em Yogyakarta, na Indonésia, e elaboraram princípios sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta, representam importante vetor de interpretação do direito à igualdade e combate à discriminação. Visa assegurar igualdade e vedar discriminações, estigmatizações e violências contra pessoas em razão de sua identidade de gênero e orientação sexual, além de ter sido um grande passo para a comunidade LGBTI+ no reconhecimento de seus direitos e anseios.

O Direito à vida, segurança pessoal e privacidade são mencionados nos Princípios de Yogyakarta, bem como, o direito de desfrutar da privacidade em todas as suas formas (família, residência, correspondência e informações pessoais sobre orientação sexual ou

identidade de gênero), protegendo de ataques ilegais à honra e reputação. O direito de ir e vir, tampouco, pode ser limitado por motivos de orientação sexual ou identidade de gênero.

Os direitos de constituição de família e participação na vida pública e cultural também são lembrados no Princípio de Yogyakarta, assim como a participação de todas essas identidades diversas na vida pública, incluindo o direito de concorrer a cargos eletivos e o acesso a serviços públicos (incluindo a política e a força militar), sem discriminação.

É de suma importância ressaltar os princípios do Direito Penal, dentre eles o princípio da legalidade que passou a ser uma exigência de segurança jurídica e de garantia individual com o objetivo de limitar a intervenção arbitrária e desmedida do ente estatal, inclusive seu poder punitivo. O princípio da Legalidade constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. É um imperativo que não admite desvios nem exceções e representa uma conquista da consciência Jurídica que obedece a exigências de justiça.

Tal Princípio, pode-se dizer que, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e comunicando-lhe a sanção correspondente, daí a urgência de se ter uma lei que pune os atos LGBTfóbicos.

Para que o princípio da legalidade seja, na prática, efetivo, cumprido com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis, é necessário que o legislador penal evite ao máximo uso de expressões vagas, equivocadas ou ambíguas. Portanto, ainda que a lei de criminalização da LGBTfobia seja em decorrência de um entendimento do STF, equiparando-a à um outro crime (Racismo), ainda que de mesma natureza, não há especificidade na sua elaboração, uma vez que não contempla todas as minúcias das condutas que podem ensejar na LGBTfobia, gerando instabilidade no momento de caracterizar a conduta.

Quanto ao princípio da Reserva Legal, este significa que a regulação de determinadas matérias deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. No entanto:

a impossibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário e a vedação de utilização de aplicação analógica *in peius* das normas penais não se confundem com o legítimo exercício hermenêutico do Supremo Tribunal Federal no âmbito da jurisdição constitucional. (BRASIL, 2019 *apud* ALVES, 2020 p. 30-31)

Enquanto o Poder Legislativo se mostra omissivo em relação ao tema em questão, o Poder Judiciário cumpre a sua função legal atípica, de legislar questões importantes e emergentes da sociedade.

Além desses princípios já destacados, o princípio da ofensividade no direito penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes.

Já no segundo plano, servir de critérios interpretativos, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto, indispensáveis lesividade ao bem jurídico protegido. Sendo o objetivo a proteção de bens fundamentais para a convivência e o desenvolvimento da coletividade. O princípio da ofensividade visa compreender ou conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico, isto é, relações conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática.

Outro princípio a salientar é o da Isonomia Material, pugna pela igualdade de todos perante a lei, que não pode impedir que ocorram as desigualdades de fato. A igualdade formal, resulta da pura e simples aplicação da lei abstrata e genérica, sem levar em consideração a situação específica do caso a qual será aplicada. (SANTOS, 2018)

Desta feita, deduz-se que a criminalização da violência LGBTfóbica é uma problemática que clama por uma manifestação do Estado, e juridicamente compatível com o sistema jurídico-constitucional brasileiro, tendo em vista a situação de vulnerabilidade que os LGBTI+ enfrentam, um grupo historicamente vulnerável e marginalizado pela sociedade.

2.2. CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL

Em 2019, foi julgado pelo STF (Supremo Tribunal Federal) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e um Mandado de Injunção nº 4.733/DF, a fim de criminalizar a homofobia e a transfobia, reconhecendo a inexistência de tipo penal na legislação vigente e entendendo por extensão, com base na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), a LGBTfobia como tipo penal.

Ou seja, a partir dessa decisão, aquele que ofender ou discriminar gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais ou travestis e qualquer outra pessoa em razão da sua orientação sexual e identidade de gênero, estará sujeito a punição de até 3 (três) anos de reclusão (art. 20). Assim como o crime de racismo, a LGBTfobia também é crime inafiançável e imprescritível.

Todavia, passados 3 anos de sua aprovação, ainda é notório que existem inúmeras barreiras no que tange as condições de procedibilidade para se pleitear a ação penal, seja com a rejeição de denúncias, ou da queixa-crime, até mesmo com casos de perempção. Segundo a

mais recente pesquisa realizada pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2022), dos casos apurados cerca de nove deles 8,8%, tiveram a queixa-crime rejeitada.

A caracterização da LGBTfobia como tipo penal nos processos, é um dos grandes desafios para as vítimas e acusação no decorrer das demandas. De acordo com o CNJ (BRASIL, 2022), cerca de 85,3% dos 102 casos analisados, foram caracterizados pela acusação como LGBTfobia, ou seja, a parte acusatória explícita que em fase investigativa a LGBTfobia foi de fundamental importância para a motivação do crime. No entanto, apenas 46,1% dos casos foram aceitos pelas autoridades judiciais como fundamento para sua caracterização.

Diante desses dados, podemos evidenciar que o apagamento dos casos motivados pela LGBTfobia é um fato corriqueiro, que ocorre numa tentativa de deslegitimar a existência não só de um problema social: a violência e o preconceito, bem como, de uma demanda jurídica: ao passo que não os reconhecem como pessoas de direitos, e mais, além disso, negam a existência de vidas LGBTI+. Exigir que se identifique motivações LGBTfóbicas dos agentes no cometimento dos crimes, é imprescindível, não só pelo caráter de justiça em relação as vítimas, como também uma preocupação em não invisibilizar um problema social.

De acordo com a recente publicação do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), a cobertura em relação a violência e a discriminação contra LGBTI+, obteve uma melhoria muito tímida no último biênio, os dados relacionados ao racismo por homofobia e transfobia teve um percentual de cobertura muito aquém dos dados apurados do racismo em ponto amplo. Houve sistematização em cerca de apenas 15 estados, em que os casos de lesão corporal se mantiveram estáveis, já os casos de homicídios tiveram um aumento de 19 para 20, e o de estupro de 18 para 19 unidades da federação.

2.3. CRIMINALIZAÇÃO BASEADO NO PERFIL DAS VÍTIMAS

A pesquisa do CNJ, ainda afirma que, na caracterização da LGBTfobia, se faz necessário alguns cortes sobre as vítimas que mais sofrem com a ausência dessa tipificação. De acordo com os dados apurados, as lésbicas são as que mais sofrem com a falta de caracterização da LGBTfobia em suas demandas no judiciário, com um percentual de 64% dos casos, o segundo lugar é ocupado pelas mulheres trans que têm cerca de 43% dos casos não caracterizados como LGBTfobia. Não obstante, o Brasil sendo um país historicamente machista e misógino, carrega ainda em seus aparelhos estatais, resquícios de um passado obscuro.

É importante salientar que, os crimes relacionados as mulheres trans referentes ao nome social são por si só motivação LGBTfóbica, e cerca de 75% de todas as mulheres trans

da pesquisa tiveram seus nomes sociais desrespeitados. Vale lembrar que, em 2016 entrou em vigor o Decreto nº 8.727 o qual reconheceu o nome social e a identidade de gênero, em todo o âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O caráter seletivo na caracterização da LGBTfobia, demonstra não a dificuldade de se identificar o crime, mas a falta de interesse político-institucional em combater a violência que a comunidade LGBTI+ sofre, bem como, os demais problemas sociais existentes como a misoginia. E mais, demonstra um não comprometimento jurídico dos operadores da justiça e da segurança pública em atender toda a população sem discriminação.

2.4. DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUAS FUNDAMENTAÇÕES

Nos processos judiciais, dos quais houve motivação LGBTfóbica, várias são as teses arguidas pela defesa e acusação. A pesquisa do CNJ aponta que cerca de 2% dos casos apurados, houve tese preconceituosa do advogado que relacionou a homossexualidade ao fato criminoso, em alguns casos ainda reforçaram a tese pedindo o reconhecimento de insanidade mental pela homossexualidade.

Ainda sobre as teses defensivas, foram alegadas legítima defesa (art. 25, CP) e de circunstância atenuante provocada por emoção por ato injusto da vítima (art. 65, III, CP) em especial nos casos do art. 121, §1º, o que configura uma clara discriminação a toda a comunidade LGBTI+, uma vez que associa ato injusto da vítima ao fato de ser homossexual ou transgênero, ferindo a sua própria razão de ser e existir.

No entanto, as teses mais arguidas e com maior índice de absolvição, cerca de 46,7% dos casos, é a ausência de provas. A insuficiência probatória nos casos de LGBTfobia são um dos componentes que dificultam a caracterização do crime. Uma vez que se restringem quase que majoritariamente a testemunhas e à própria palavra da vítima.

No tocante as decisões do judiciário, a pesquisa, observou que houve identificação do comportamento LGBTfóbico como fundamentação de suas sentenças e qualificadora das respectivas penas. Ficou demonstrado que cerca de 70% das decisões houve condenação dos acusados, nos casos de homicídio, por exemplo, em 52,9% tiveram a brutalidade excessiva dos atos considerados como qualificadoras pelo meio cruel, no qual versa o art. 121, § 2º, III, do CPP. Já a homofobia como motivo fútil ou vil foi qualificadora de 35,3% dos casos.

3. DOS OPERADORES DA SEGURANÇA PÚBLICA E DO JUDICIÁRIO

3.1. ATUAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NOS CASOS DE LGBTFOBIA

Quando o assunto é segurança pública diversos fatores se mostram essenciais, dentre eles destacam-se: a realidade do número de ocorrências formalmente notificadas, a formação de profissionais e a criação de políticas pública que visem atacar o contexto fático. Partindo deste ponto, no que tange aos casos de LGBTfobia, a análise desses elementos se apresenta ainda mais importantes, visto que, trata-se de aspectos determinantes que implicará de forma direta para a redução de crimes envolvendo os membros da comunidade.

Diante de uma violência ou discriminação sofrida, a vítima recorre primeiramente aos operadores da segurança pública, que são os responsáveis por registrar o boletim de ocorrência e dar entrada no inquérito. O relatório de pesquisa do CNJ (BRASIL, 2022), apontou o registro do boletim de ocorrência pela polícia, como a principal dificuldade inicial das vítimas. Muito dessa dificuldade se dá pelo medo do julgamento, da discriminação e de revitimização, o que contribui para que poucos casos sejam registrados.

Aliado a isso, o próprio caráter traumático ao ter que relatar a violência sofrida somados a intolerância, impedem que as vítimas, muitas vezes, recorram à segurança pública. Segundo o relatório, as maiores alegações das vítimas que procuram os operadores da segurança pública, bem como, suas unidades de segurança, são a falta de empatia e um ambiente hostil. O que se espera é que haja compreensão sobre os fatos narrados e que sejam levados a sério, respeitando a natureza da ofensividade e a identidade das vítimas.

A segurança pública se fundamenta em concepções liberais e comunitaristas dos Direitos Humanos, todavia, não se pode ignorar seu objeto político. Conforme versa Prado (2003), essas duas perspectivas devem reproduzir tanto os direitos individuais quanto a construção coletiva comum, pois, tal equilíbrio reflete com exatidão a luta das significações, assim, busca-se entender que:

A radicalidade dos valores democráticos pode ser pensada somente com a garantia da sobrevivência da tensão entre a lógica da identidade e a lógica da diferença, e nos parece que os dois projetos, tanto do liberalismo, como do comunitarismo, têm buscado romper esta tensão (PRADO, 2013, p. 70).

No que tange a políticas envolvendo segurança pública em nível nacional voltadas a comunidade LGBTI+, diversos documentos já foram criados buscando reduzir os números da violência, dentre eles destaca-se como o mais recente, o formulário Registro de Ocorrência Geral de Emergência e Risco Iminente à Comunidade LGBTQIA+ denominado “Rogéria”, que se destina à proteção e o enfrentamento da violência.

A ferramenta foi criada em face do resultado da pesquisa “Discriminação e Violência contra a População LGBTQIA+”, onde verificou-se que o Sistema de Justiça brasileiro carece de instrumentos para distinção de crimes de LGBTfobia. A pesquisa e o

formulário foram apresentados pelo presidente do CNJ, ministro Luiz Fux, e pela autora das propostas no Observatório de Direitos Humanos do Poder Judiciário a cantora Daniela Mercury.

Uma das constatações do levantamento é que a mudança do entendimento das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF e no Mandato de Injunção (MI) n. 4.733/DF provocaram significativas alterações nos casos. A partir da aplicação da Lei n. 7.771/89, conhecida como Lei Antirracismo, para tipificar também os crimes de motivação LGBTfóbica, os crimes decorrentes de discriminação contra expressões de orientação sexual e/ou identidade de gênero cresceram expressivamente. Para tornar mais clara e rápida a apuração de dados a partir dessa mudança, as Tabelas Processuais Unificadas receberam a inclusão dos temas “intolerância por identidade e expressão de gênero” e “intolerância por orientação sexual”.

3.2. DEVIDA ABORDAGEM POLICIAL

Segundo o curso de Gestão Pública com Ênfase em Desenvolvimento de Pessoas desenvolvida por Aline Adima Ferreira Boaventura, o agente policial deve atuar em relação a população deste grupo partindo dos seguintes protocolos, a saber:

- Correta identificação social feminina caracterizada pela forma de vestir e acessórios femininos de uso da pessoa abordada deve ser respeitada pelo policial;
- Deverão ser usados termos femininos ao se dirigir à mulheres transexuais e travestis, tais como: senhora, ela, dela, assim como, termos masculinos ao se reportar aos homens transexuais, como: senhor, ele, dele;
- O nome social do indivíduo deve ser respeitado pelo agente, que tem o dever de chamar pelo nome indicado, não sendo aceito fazer comentários ofensivos sobre o nome informado;
- A agente feminina deve realizar a busca pessoal na mulher transexual e na travesti, preferencialmente;
- Visando sua proteção de constrangimentos e/ou violências homofóbicas, é primordial que a travesti ou a mulher transexual capturada ou detida seja mantida separada dos homens,
- O policial civil tem por dever o respeito à identificação social masculina dos homens transexuais que utilizam vestimenta e acessórios masculinos, dirigindo-se à pessoa com base nessa interpretação, além de utilizar pronomes masculinos ao se referir a essa pessoa – tais como: senhor, ele, dele;

- Apesar do policial proceder com a intenção de respeitar a identidade de gênero a ser expressa pela pessoa abordada, a busca pessoal no homem transexual deve ser realizada pelo efetivo feminino, já que existe legislação específica que regula a busca pessoal em mulheres;
- O homem transexual capturado ou detido deverá ser conduzido em separado dos homens biológicos, pois há legislação específica relativa ao cárcere de mulheres, para prevenir violência homofóbica;
- É dever do policial civil perguntar a forma como a pessoa abordada gostaria de ser tratada: nome social;
- Devem ser considerados os procedimentos de segurança dentro da ação policial, avaliando-se o grau de risco que a pessoa abordada oferece e as diferenças de porte físico entre a policial e a pessoa abordada;
- Caso seja diferente o nome social informado da identificação documental, o policial deve evitar repetir em voz alta o nome de registro da pessoa abordada (da cédula de identidade);
- É preciso ser discreto ao pedir esclarecimentos, para não constranger a pessoa, sempre chamando pelo nome feminino ou nome masculino informado;
- Os documentos oficiais, como registro de ocorrência, documentação administrativa policial, dentre outros, deverão conter o nome social informado pelo mesmo, devendo ser registrado também o nome de registro da cédula de identidade;
- A travesti ou a mulher transexual vítima de violência deve ser amparada ao procurar atendimento na Delegacia de Polícia Civil, devendo o policial civil mostrar interesse na ocorrência e incentivá-la a fazer o registro do fato por ser a melhor forma de garantir seus direitos;
- Em qualquer situação, seja discreto na revista de pertences, devendo ser respeitada a intimidade da pessoa abordada, evitando a exposição de pertences de foro íntimo.

Todos esses procedimentos são essenciais para que a abordagem policial esteja de acordo com a orientação sexual e identidade de gênero das pessoas envolvidas. Não é só uma forma de tratamento é o reconhecimento dessas existências e a garantia da dignidade dessas pessoas, conforme versa o texto constitucional vigente (art. 1º, III, CF/88).

3.3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CASOS DE LGBTFOBIA

No relatório de pesquisa do CNJ, foram entrevistados operadores do Direito, dentre eles magistrados, advogados, promotores e vítimas de LGBTfobia, acerca da atuação do Poder Judiciário em casos de LGBTfobia em suas jurisdições. Grande parte dos entrevistados

entendem a relevância da criminalização da LGBTfobia decidida pelo STF, no entanto, há também o entendimento generalizado de que existem poucas ações penais que caracterizam as condutas como LGBTfóbicas.

Segundo a pesquisa, a Lei nº 7.716/89, Lei de Racismo, desde sua elaboração, demonstrou problemas em sua aplicação em casos de racismo por conta da cor da pele, tanto nos órgãos de segurança pública como na justiça. O que gera uma instabilidade ainda maior em sua aplicação equiparada aos casos de LGBTfobia. Essa instabilidade pode ser facilmente percebida, uma vez que, a maior parte dos casos de LGBTfobia tratados como injúria, são qualificados apenas como crimes de menor potencial ofensivo, e no fim são impetradas penas alternativas. Isso contribui para a manutenção da cultura da violência e impunidade, ao passo que os agressores não se intimidam por não sofrerem sanções ou penalidades mais severas.

O reconhecimento da LGBTfobia como um crime, sem dúvidas demonstra a sensibilidade do STF sob os direitos e anseios relacionados a pauta LGBTI+, o que pode ser visto como uma grande evolução no contexto do judiciário. Contudo, o posicionamento dos juízes de primeiro grau nem sempre se alinham com os do STF, nas entrevistas houve relatos acerca da utilização do nome social de pessoas trans nos processos judiciais, “Mesmo com decisão do Supremo Tribunal Federal e normas do Conselho Nacional de Justiça, ainda há entraves quanto ao reconhecimento do direito.” (BRASIL, 2022 p. 102).

Dentre os entraves que podem ser identificados no tocante ao Poder Judiciário estão: a falta de capacitação dos servidores ou de orientação das instituições em saber lidar com o público LGBTI+; A falta de conhecimento acerca dos temas orientação sexual e identidade de gênero, o que prejudica a compreensão dos casos e consequentemente suas decisões; falta de acompanhamento institucional nos processos judiciais voltados aos crimes cometidos contra LGBTI+; o desrespeito ao nome social de pessoas trans ou travestis, que precisam ter um advogado que recorra a esse direito, apesar da normativa do CNJ, dificilmente parte do Judiciário ou do Ministério Público o reconhecimento desse direito.

Por outro lado, existem algumas lacunas procedimentais que dificultam uma homogeneização dos procedimentos, ou um entendimento compartilhado pela justiça. Portanto, é necessário que se desenvolva protocolos específicos, capacitações sobre o tema, a fim de que a compreensão sobre essa temática tenha uma linha comum, e que os direitos das pessoas LGBTI+ possam ser de fato tutelados. Vítimas entrevistadas na pesquisa do CNJ, sugeriram que o acolhimento dos casos LGBTI+, deveriam ser feitos por pessoas LGBTI+, a fim de garantir empatia sobre o fato e gerar estratégias de acolhimento mais eficazes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luta da comunidade LGBTI+ perpassa inúmeros desafios, e o maior deles é a busca por direitos. No Brasil o reconhecimento desses direitos está aos poucos ganhando forma, pelo menos no Judiciário, palco de suas maiores conquistas. A criminalização da LGBTfobia pelo STF, deixa claro a urgência no que se refere a violência e a discriminação desse grupo.

A proteção da liberdade no tocante a orientação sexual e da identidade de gênero é imprescindível na busca por direitos e garantia deles, “A luta pelo reconhecimento da diversidade é indispensável para assegurar inclusão de todos na sociedade, pois a invisibilidade de suas distinções acarreta discriminação e sentimento de inferiorização diante dos demais.” (RAMOS, 2022, p. 574) Nesse sentido, é necessário que o direito a proteção das pessoas LGBTQIA+, seja devidamente tutelado pelo Estado.

As hipóteses arguidas por esta pesquisa, explicitou que os entraves impostos a fim de se obstar a efetiva criminalização da LGBTfobia, possuem: natureza estrutural em relação ao preconceito que advém da construção social; natureza jurídica, a medida que possui diversas lacunas procedimentais e em sua própria origem como lei análoga através de função atípica do judiciário; e natureza organizacional, no tocante a falta de capacitação e conhecimento das instituições de segurança pública e de justiça.

Nesse sentido, entender esses obstáculos é fundamental para se corrigir as injustiças sociais da qual a comunidade LGBTI+ tem o dissabor de vivenciar no seu dia a dia. Buscar entender essa problemática e corrigi-la é corroborar com os pilares fundamentais do Brasil, instituídos pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucas de Sousa. **A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTFOBIA**: atuação do judiciário diante de lacunas normativas. Brasília: 2020. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14364/1/Lucas%20Alves%2021504319.pdf>> Acesso em: 28 de out. de 2022.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CELMER, Elisa Girotti. **Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo uma análise da LEI Nº 11.340/2006**. Boletim IBCCRIM, v.170, p. 12-13, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. ed. 15. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOAVENTURA, Aline Adima Ferreira. **DELEGACIAS ESPECIALIZADAS NO ATENDIMENTO AOS GRUPOS VULNERÁVEIS: o caso do Pará.** Gestão Pública com Ênfase em Desenvolvimento de Pessoas.

BRASIL. **Discriminação e violência contra a população LGBTQIA+:** relatório da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2022.

CAZAL, Simón; REIS, Toni. **Manual de comunicação LGBTI+.** 3. ed. Curitiba: IBDSEX, 2021.

CRESWELL, John W.; CRESWELL, J D. **Projeto de Pesquisa: Métodos Qualitativo, Quantitativo e Misto.** Porto Alegre: Grupo A, 2021

FERREIRA, Vinicius; SACRAMENTO, Igor. Movimento LGBT no Brasil: violências, memórias e lutas. **Fundação Oswaldo Cruz, Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde.** Rio de Janeiro, p. 234-239, abr.-jun., 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** Brasília: 2022. Disponível em: <anuario-2022.pdf (forumseguranca.org.br)> Acesso em: 30 de out. de 2022.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João B. **Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica,** 9ª edição. Porto Alegre: Grupo GEN, 2017.

LACERDA, Luciana Xavier Bastos; SANTOS, Cláudio Eduardo Félix dos. O movimento LGBT no Brasil: reflexões sobre trajetória e lutas (1970-2000). **X Encontro Estadual de História ANPUH/BAHIA.** Bahia, 2020.

MOREIRA, Adilson José. **Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural.** Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 830-868.

PEDRA, Caio Benevides. **Direitos LGBT:** a LGBTfobia estrutural e a diversidade sexual e de gênero no direito brasileiro. Curitiba: Appris, 2020.

PEREIRA, Cleyton Feitosa. Notas sobre trajetória das políticas públicas de direitos humanos LGBT no Brasil. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos.** Bauru, v. 4, n. 1, p. 115-137, jan.-jun., 2016.

PRADO, M.A.M. **Relatório da pesquisa “Segurança Pública e População LGBT” do Edital “Pensando Segurança Pública.** 2 ed. SENASP/PNUD/NUH-UFGM. Belo Horizonte, 2013, 70p.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 9 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **O que é LGBTfobia?** In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRÊNER, Paula Rocha Gouvêa **Revista Reflexão e Crítica do Direito,** v. 11, n. 2, p. 83-100, jul./dez. 2023

(org.). **Gênero, sexualidade e direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 183-192.

SANTOS, Vinícius Marques dos. **Criminalização da LGBTfobia no Brasil fundamentada no Princípio da Isonomia Material**. Imperatriz: Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Centro de Ciências Sociais, Saúde e Tecnologia curso de Direito – CCSST, 2018. Disponível em: <<https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2588/1/ViniciusSantos.pdf>> Acesso em: 30 de out. de 2022.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti **O Supremo Tribunal Federal, a homotransfobia e seu reconhecimento como crime de racismo**. Bauru: Spessotto, 2020.

Submetido em 18.11.2022

Aceito em 10.03.2024