

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: A EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO E SUA EFETIVIDADE NA PROTEÇÃO DE DIREITOS

Rafael Pinheiral Rocha

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais.

Resumo – neste artigo, discute-se sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4.733, ao equiparar a homofobia e transfobia ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/89. Considerando as incontáveis tragédias, bem como os frequentes episódios envolvendo violência e graves ameaças à comunidade LGBTQIA+, alinhados à incansável militância na conquista de direitos, o presente trabalho tem por objetivo apresentar argumentos que evidenciem o caráter emergencial da necessidade de medidas legislativas mais severas, sobretudo na esfera criminal. Nesse sentido, busca-se criticar a inércia do Poder Legislativo Federal na edição de normas incriminadoras que protejam essa parcela minoritária da população, assim como exaltar a postura ativista e expansiva da instância máxima do Poder Judiciário.

Palavras-chave – Direito Penal. Homofobia. Transfobia. Crime de Racismo. Equiparação.

Sumário – Introdução. 1. A comunidade LGBTQIA+ e a inércia do Poder Legislativo na criminalização da homofobia e transfobia. 2. A equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo e a expansão do ativismo judicial. 3. Perspectivas da proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir as consequências jurídicas da equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal, a efetividade do provimento jurisdicional na proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, bem como propor medidas legislativas que confirmem maior proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+.

A homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade, sendo inerente à própria vida. De outro lado, a transexualidade, que também compõe o objeto deste trabalho, é um fenômeno mais novo e menos conhecido, mas que merece igual atenção, sobretudo no que toca à proteção jurídica.

É notório que a comunidade LGBTQIA+ é violentada e perseguida das mais variadas formas. Mesmo cientes dessa situação e considerando a vulnerabilidade deste grupo, já que, no



Brasil, morre um cidadão LGBTQIA+ a cada 28 horas, o Poder Legislativo e o Poder Executivo caminham em marcha lenta para proteger seus direitos, tanto na seara civil como na criminal. Diante desse quadro tão avassalador, o Supremo Tribunal Federal expandiu sua atuação para criminalizar tanto a homofobia como a transfobia, adotando uma postura mais proativa sem que o poder competente editasse lei específica para o caso.

No entanto, questiona-se se esse comportamento expansivo do Pretório Excelso traduz uma verdadeira usurpação do princípio constitucional da separação dos poderes (já que é função típica do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Judiciário julgar), além de esbarrar nos princípios da legalidade e da reserva legal. Mais que isso, é questionável se essa postura, alvo de intensa controvérsia entre os estudiosos e operadores do Direito, traz efetividade à proteção dos direitos da comunidade LGBTQIA+. A partir da mera equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo, terá o cidadão a efetiva proteção que tanto deseja?

Assim, o presente artigo tem como enfoque a expansão do ativismo judicial frente à inércia dos demais Poderes da República acerca da criminalização da homofobia e transfobia, ressaltando as consequências jurídicas da atuação do guardião da Constituição, bem como a efetividade desta atitude na proteção dos direitos do cidadão LGBTQIA+.

No primeiro capítulo, busca-se trazer conceitos básicos relevantes, bem como fazer um apelo ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo acerca da extrema necessidade de uma proteção jurídica mais intensa à comunidade LGBTQIA+.

No segundo capítulo, discutir-se-ão os limites proatividade e expansão do ativismo judicial, evitando-se a usurpação das competências dos demais Poderes. Por outro lado, busca-se analisar e explicar se a decisão judicial que reconhece a equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo transgredir os princípios constitucionais da legalidade e reserva legal, axiomas básicos e cardeais ao Direito Penal, e se fortalece, por si só, a proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo, serão elucidadas as perspectivas da proteção jurídica, não só na seara criminal como também nas diversas esferas do Direito, com a proposição de medidas legislativas que tutelem os direitos da comunidade LGBTQIA+. Além disso, discutir-se-ão sobre as possíveis políticas públicas, a serem incentivadas pelo Poder Público e pela população, que garantam a efetividade dos direitos mencionados. Não se trata só de produzir leis; devem-se adotar medidas eficazes para o seu efetivo cumprimento. Afinal, a comunidade quer se sentir, acima de tudo, protegida. Para isso, deve haver uma ação conjunta.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem



viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las de forma argumentativa. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A COMUNIDADE LGBTQIA+ E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Antes de adentrar o cerne deste artigo, é indispensável a apresentação de conceitos extremamente relevantes para a compreensão do tema. Afinal, para entender o contexto da inércia do Poder Público na proteção de direitos da comunidade LGBTQIA+, é ideal que se exponha o seu significado e o que representa na sociedade. Só assim será possível absorver os fundamentos que sustentam a importância da rápida e efetiva intervenção dos Poderes da República na tutela dessa minoria.

Inicialmente, é imperioso consignar que a sigla LGBTQIA+ está associada a um movimento político e social que defende a diversidade e busca mais representatividade e direitos para a comunidade. Isso porque ela abrange o público que apresenta características distintas relacionadas ao sexo e ao gênero, consideradas fora do padrão tradicional.

Com base em artigo publicado por Gabriele Silva, em LGBTQIA+, o “L” significa “lésbica”; o “G”, “gays”; o “B”, “bissexuais”; o “T”, “transexuais”; o “Q”, “queer”; o “I”, “intersexo”; o “A”, “assexual”; e, por fim, o “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexo, gênero e orientação sexual¹.

É evidente que esses indivíduos merecem igual proteção e o Poder Público deve articular políticas públicas que atendam a todos, sem distinção. É por essa razão que, apesar de a decisão do Supremo Tribunal Federal tratar de homossexuais e transexuais, a abordagem deste artigo englobará toda a comunidade. Contudo, é necessário elucidar do que se tratam as letras da tão famosa sigla.

As lésbicas e os gays representam os homossexuais. Homossexualidade consiste na atração física e afetiva de um indivíduo por outro que ostente o mesmo gênero ou sexo. Trata-

¹ SILVA, Gabriele. *Qual o significado da sigla LGBTQIA+?*. Disponível em <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>>. Acesso em: 09 abr. 2021.



se de uma condição vital, determinada pela orientação sexual, que integra a essência do indivíduo e, assim como a raça, cor e etnia, é algo que não se modifica. Essa é uma realidade presente não só no ser humano, mas também em outras espécies de seres vivos, como, por exemplo, os animais. Paralelo a esses grupos, existem os bissexuais, que dizem respeito aos indivíduos que sentem atração afetiva e sexual pelos gêneros masculino e feminino.

De outro lado, existe a população transgênero, que representa o ser humano cuja identidade de gênero não se coaduna com o seu sexo biológico. Este representa o conjunto de aspectos biológicos ligados à anatomia de um ser humano, determinando suas características físicas e sexuais primárias, enquanto aquela consiste no conjunto de valores comportamentais baseados na identidade pessoal e social de alguém, diretamente ligada à sua construção psíquica, psicológica e emocional. Nesse grupo, estão situados os transexuais, cuja única diferença em relação aos transgêneros é a realização de cirurgia de redesignação sexual (troca de sexo). Os transgêneros, apesar de se identificarem com o gênero que não corresponde ao seu sexo biológico, permanecem com este.

“*Queer*” é ligado àquelas pessoas que transitam entre as noções de gênero, como é o caso das “drag queens”. Defendem que a orientação sexual e identidade de gênero não são resultado da funcionalidade biológica, mas de uma construção social. Já a pessoa “Intersexo” está entre o feminino e o masculino, uma vez que suas combinações biológicas e desenvolvimento corporal não se enquadram na norma binária (masculino ou feminino). O “Assexual” não sente atração sexual por outras pessoas, independente do gênero. Por fim, o “+” é utilizado para incluir outros grupos e variações de sexualidade e gênero².

Essa comunidade compõe uma parcela minoritária da população que só conquistou respeito e efetiva visibilidade nos últimos anos. Isso porque, com base em questões culturais e religiosas, que se encontram enraizadas na sociedade, esses indivíduos sofrem intenso preconceito, motivado, principalmente, pelas chamadas homofobia e transfobia. Estas significam a aversão às pessoas que ostentam tais condições, comportamento que culmina na segregação e repressão constante aos indivíduos que pertencem a esses grupos.

Como a sociedade adota uma postura tão agressiva, ameaçando a integridade física e psíquica dessas pessoas, a comunidade LGBTQIA+, a cada dia que passa, reclama maior proteção jurídica do Estado, sobretudo na esfera criminal. É claro que já existem diplomas normativos que tutelam essa minoria, tanto na seara civil como na administrativa. No entanto, no intuito de combater a discriminação, frear o crescimento de assassinatos de pessoas

² Ibidem.



LGBTQIA+ e, em última instância, erradicar o preconceito, a atuação estatal deve ser mais intensa, com a edição de atos normativos mais severos e específicos. Afinal, os anos passam e as pessoas que integram esse grupo ainda sofrem muita rejeição e se sentem desprotegidas. Certamente, a criminalização da homofobia e transfobia – mais que isso, a aversão a todo cidadão LGBTQIA+ – torna-se absolutamente necessária e seria, no mínimo, o primeiro passo para a efetiva proteção dos direitos da comunidade mencionada.

Ocorre que dois grandes fatores contribuem significativamente para a inércia do Poder Público nessa questão. A uma, em âmbito legislativo federal, os parlamentares não tratam o assunto como prioridade, afirmando, inclusive, que a criminalização da homofobia e transfobia é desnecessária³. Alguns chegam a proferir o lamentável argumento de que, no Brasil, não existe homofobia nem transfobia. A duas, a maioria dos integrantes do Congresso Nacional e do Poder Executivo é conservadora, com fortes ideologias religiosas e raízes homofóbicas, o que, inclusive, se coaduna com o pensamento de boa parte da população.

Diante dessa realidade, a modernização legislativa para a proteção de direitos da comunidade LGBTQIA+, bem como a adoção de políticas públicas e ações afirmativas, ainda encontra muitos obstáculos, o que deve ser revolucionado o quanto antes. Felizmente, nota-se uma evolução social e, conseqüentemente, a representatividade política dessa minoria tem crescido de forma considerável. Porém, ainda há muito caminho pela frente.

Diante dessas dificuldades, atualmente, o Poder Judiciário, com sua postura ativista, proativa e expansiva, mostra notória preocupação e tem se destacado sobremaneira, adotando entendimento extremamente favorável à tutela dos direitos do cidadão LGBTQIA+. Desde 2011, quando houve o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo pelo Supremo Tribunal Federal, a esfera judiciária tem contribuído significativamente não só para a efetiva proteção de direitos, mas também para a mudança de mentalidade do povo e dos demais Poderes da República, visando desconstruir conceitos ultrapassados e visões contrárias à diversidade.

A questão é tão relevante que o Poder Judiciário se vê obrigado a intervir com mais força e frequência nesses assuntos. No próximo tópico, abordar-se-á a famosa decisão do Pretório Excelso, que equiparou a homofobia e transfobia ao crime de racismo, o que causou enorme polêmica entre os estudiosos e operadores do direito. Em nova tentativa de transformar uma dura realidade e igualar o tratamento entre todos os seres humanos, reforçando o respeito

³ XIMENES, Elisama. *A luta LGBTI, a omissão do Congresso e a resistência religiosa*: uma questão de existir. *Jornal Opção*, Goiânia, 26 mai 2019. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/a-luta-lgbti-a-omissao-do-congresso-e-a-resistencia-religiosa-uma-questao-de-existir-186601/>>. Acesso em: 26 mai 2021.



e a convivência harmônica em sociedade, quais são os limites de atuação? Será que a técnica deve sempre prevalecer à política? Deverá a técnica constituir um entrave para a efetivação de direitos?

2. A EQUIPARAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO E A EXPANSÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Considerando a significativa controvérsia acerca do tema, para que o assunto seja desenvolvido de forma plena e promova uma compreensão mais apurada, é necessário esclarecer, inicialmente, que o ativismo judicial ocorre quando o Poder Judiciário adota um método particular e proativo de interpretar a legislação, sobretudo a Constituição, de modo a ampliar o seu alcance e seu sentido. Muitas vezes, essa postura decorre do imobilismo verificado nas outras esferas de poder.

Nas palavras do autor Luís Felipe Salomão⁴:

O ativismo judicial se relaciona ao comportamento dos juízes. Significa conduta que desborda da atuação puramente técnica e judicial. A interpretação ocorre de maneira expansiva. Assemelha-se ao que a nova - e não tão reconhecida no meio acadêmico - doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo (...), consistente na ideia de que o magistrado age sob a alegação de defesa da ética, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Como qualquer atitude inovadora que vise à transformação de uma realidade, o ativismo é alvo de inúmeras objeções, sob o argumento, por exemplo, de que os juízes não possuem legitimidade para identificar qual a real vontade do povo. Além disso, há quem entenda que a atuação ativista tende a violar a separação dos Poderes, já que se presume que o Poder Judiciário estaria extrapolando a sua competência, interferindo nas atribuições reservadas ao Executivo e Legislativo.⁵

Por outro lado, há posição divergente⁶ no sentido de que o ativismo judicial é extremamente benéfico e necessário, uma vez que impõe condutas mais efetivas na implantação de políticas públicas pelo Poder Público, de modo a garantir a proteção e o cumprimento dos

⁴ SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁵ ALMEIDA, Aline Vieira de. *Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial*. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

⁶ VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn1>. Acesso em: 26 ago. 2021.



direitos fundamentais. Outrossim, tal postura permite que os direitos das minorias obtenham a mesma atenção dispensada aos demais, que provavelmente não conseguiriam a partir da representatividade predominante no Parlamento. Não se deve esquecer também que a atuação ativista constitui contribuição relevante para uma eficiente modernização do ordenamento jurídico, na medida em que o Direito, muitas vezes, não acompanha a velocidade da evolução social.

Sob um ponto de vista eminentemente empírico, as vantagens apontadas pela segunda corrente de pensamento e, de fato, materializadas pelo ativismo, parecem prevalecer sobre os pontos negativos. Ademais, o argumento de que os juízes não têm legitimidade e a afirmação de que a postura ativista viola os limites da capacidade institucional do Judiciário são frágeis e puramente técnicos.

Impende esclarecer, inclusive, que, embora os juízes não sejam eleitos diretamente pelo povo, eles integram a Administração Pública, após um rigoroso processo seletivo, comprometidos com a guarda da Constituição e o dever de respeitar a ética e os direitos fundamentais. Portanto, desde que não transgrida a essência do ordenamento jurídico, sua atuação é legítima; não foram eleitos como os deputados e senadores, mas preencheram os requisitos para o exercício do cargo e estão submetidos ao sistema que foi elaborado democraticamente. Inclusive, questiona-se: será pertinente essa resistência à atuação judicial proativa quando grande parte dos Parlamentares, escolhidos pelo povo, simplesmente ostentam tal condição, preocupados apenas em contestar a atitude alheia e ocultar seus reais propósitos? Por que guerrear ao invés de convergir e buscar a mudança?

De outro giro, a mera alegação de que o ativismo viola a separação de Poderes revela-se abstrata, uma vez que eventual transgressão deverá ser corrigida. A atuação ativista não constitui ferramenta para invadir competência reservada a outras esferas, mas sim um instrumento para a correção de desigualdades, proteção de minorias e modernização jurídica.

É justamente com base nesse raciocínio que, nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26⁷ e do Mandado de Injunção nº 4.733⁸, realizados no dia 13 de junho de 2019, diante da realidade traumática vivenciada diariamente pela comunidade LGBTQIA+, desprovida do amparo do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal, baseando-se na omissão do Poder Legislativo Federal, enquadrou a homofobia e a

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/2019*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 2 set. 2021.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 2 set. 2021.

transfobia como crimes de racismo.

No caso analisado, observe-se que:

A demora do Poder Legislativo para incriminar os atos de homofobia e transfobia ofende direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, por essa razão, os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para que condutas semelhantes sejam enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), até que o Congresso Nacional saia da inércia.⁹

Na decisão do caso, o Pretório Excelso considerou, principalmente, que é dever do Estado criminalizar condutas atentatórias aos direitos fundamentais, especialmente os relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. Destaque-se que, embora haja um crescimento da proteção jurídica conferida à comunidade LGBTQIA+, a violência e as graves ameaças constantes que são direcionadas a esse público revela a incipiência desse processo, reclamando a necessária intervenção do Direito Penal.

É interessante analisar o conceito de racismo, que vai muito além do preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Como se pode depreender do julgado, a definição apresentada pelo STF não se limita à técnica advinda de uma interpretação gramatical dos dispositivos da Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo)¹⁰; trata-se de um conceito político-social, baseado na própria literatura negra antirracismo, que legitima a proteção conferida pelo referido diploma legal. Assim, no Informativo nº 944, para o Supremo Tribunal Federal:

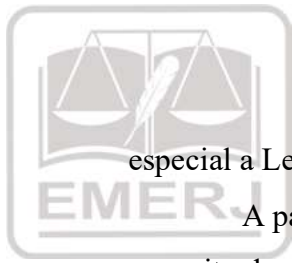
O conceito de racismo, (...) resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, (...) expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito¹¹.

Em síntese, o racismo constitui uma manifestação de poder, baseada na crença de que um grupo majoritário com determinadas características é superior a outros minoritários que ostentam condições distintas. É com esse fundamento que, historicamente, boa parte das pessoas brancas se consideram melhores, superiores às negras. Diante dessa realidade, após intensas lutas travadas pela população negra, logrou-se erigir a proteção contra o racismo a categoria constitucional e, posteriormente, a edição de diversos diplomas antirracismo, em

⁹ ALMEIDA, op. cit.

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.



especial a Lei nº 7.716/89 (Lei do Racismo).¹²

A partir dessas considerações, é perfeitamente lógica a inserção da homotransfobia no conceito de racismo, tendo em vista que, como o próprio STF definiu, retrata opressão de uma parcela dominante da sociedade (cisgêneros e heterossexuais), “que visa garantir privilégios a um grupo dominante em detrimento de um desumanizado e inferiorizado grupo dominado, afirmado como “degenerado” e, assim, discriminado de maneira estrutural, sistemática, institucional e histórica.^{13”}

Essa manifestação de poder também tem o objetivo de discriminar, de segregar, em especial “o fim de estigmatizar, desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias sexuais e de gênero (população LGBTI+), em prol de opressoras ideologias normalizadoras [...]”¹⁴

Na verdade, o racismo abrange uma universalidade de condutas, razão por que essa própria lei comporta interpretação extensiva, sobretudo quando fala em “discriminação”.

Nesse sentido, não há qualquer motivo para dizer que o Supremo Tribunal Federal legislou, invadiu competência reservada a outro Poder ou extrapolou os limites do ativismo judicial. Como o Poder Legislativo Federal não mostra interesse na criminalização da homotransfobia, o Poder Judiciário se viu na necessidade de expandir a sua atuação, recorrendo à hermenêutica profunda, alinhada à realidade assustadora diariamente enfrentada pela comunidade LGBTQIA+.

Uma das posições mais notáveis¹⁵, contrária à postura do guardião da Constituição, aduz que o julgamento fere os princípios da legalidade e da reserva legal, constitucionalmente previstos. Essa visão é questionável, inicialmente, por ser puramente técnica: a conduta não está proibida expressamente, então, é permitida. Trata-se de um positivismo frio, sem levar em conta qualquer perspectiva axiológica ou sociológica. Ora, com base na premissa de que a diversidade deve ser tolerada em todos os seus contextos; com base nas tragédias e ataques impactantes envolvendo o público LGBTQIA+; e, sobretudo, diante da primorosa militância dos grupos minoritários que perseguem o respeito aos seus direitos fundamentais, é realmente sustentável o argumento de que a homotransfobia só merece a intervenção do Direito Penal se estiver detalhadamente tipificada em uma folha de papel?

Outros afirmam¹⁶ que o STF utilizou a interpretação extensiva em âmbito penal, em

¹² BRASIL, op. cit., nota 7.

¹³ VECCHIATTI, op. cit.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ ALMEIDA, op. cit.

¹⁶ VECCHIATTI, op. cit.



prejuízo do ser humano, em situação de lacuna normativa. Tal posição carece de sensibilidade, baseada em uma escravidão aos mecanismos técnicos do sistema jurídico.

O objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão n° 26¹⁷ era a incompatibilidade da atuação do Poder Público com a Constituição, ao não tomar as devidas providências para proteger os direitos fundamentais à orientação sexual e à identidade de gênero. Por sua vez, o mérito do mandado de injunção n. 4.733¹⁸ era o reconhecimento da mora inconstitucional do Congresso Nacional em criminalizar a homotransfobia, bem como estender a tipificação prevista da Lei n° 7.716/89¹⁹ à discriminação por orientação sexual e à identidade de gênero.

O mérito de ambas as ações não era a condenação de alguém; a interpretação extensiva adotada pelo STF visou apenas o enquadramento da homotransfobia no crime de racismo, sem prejuízo de qualquer pessoa, para que o cidadão LGBTQIA+ tenha o mínimo de segurança, pelo menos até que o Poder Legislativo exerça a sua função com a devida seriedade.

Dessarte, o Pretório Excelso, ao equiparar a homotransfobia ao crime de racismo, não ultrapassou qualquer limite ético, legal ou constitucional. Pelo contrário, apenas adotou uma postura proativa, típica do ativismo judicial, cobrando, direta e indiretamente, uma atitude do Poder Legislativo frente às atrocidades cometidas contra a comunidade LGBTQIA+. Além disso, agiu em prol da preservação dos direitos individuais e coletivos, da proteção das minorias, da observância do princípio da dignidade humana, e contribuiu, de certa forma, para a conscientização da sociedade acerca da necessidade de aceitação.

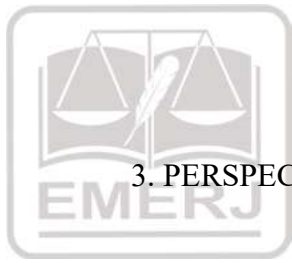
É evidente, portanto, que o Poder Judiciário exerce um papel fundamental para a sociedade. O que mais preocupa é ver que essa é a única parcela do poder que está efetivamente empenhada em garantir a materialização dos direitos. Tanto é verdade que, a cada dia, a postura ativista encontra necessidade de se expandir cada vez mais, considerando que as outras esferas tratam a situação como se fosse irrelevante e as repercussões não fossem impactantes. A discriminação é uma realidade e deve ser combatida.

Outrossim, é necessário abordar as perspectivas da proteção jurídica da comunidade LGBTQIA+ em âmbito criminal, com a proposição de medidas legislativas que tutelem os direitos fundamentais à orientação sexual e à identidade de gênero. É o que se abordará no próximo tópico.

¹⁷ BRASIL, op. cit., nota 4.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 7.



3. PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO JURÍDICA À COMUNIDADE LGBTQIA+

Com base no que foi explicitado anteriormente, a intervenção estatal na proteção jurídica dos direitos da comunidade LGBTQIA+, sobretudo no que toca à sua integridade física e psíquica, bem como à orientação sexual e identidade de gênero, é de extrema importância, mas não deve se limitar à criminalização da homotransfobia.

É evidente que, diante da notória estigmatização desse público e da intensa perseguição que sofre a cada instante, é imperiosa uma incidência mais severa do poder punitivo estatal. Afinal, é ideal que, inicialmente, se perfaça um controle social das agressões por meio da tipificação da homotransfobia, de modo que se mostre à sociedade o nível de gravidade da conduta e suas consequências jurídicas.

Contudo, incriminar não significa erradicar. É lógico que a criminalização contribui para a redução de casos e transmite alguma sensação de maior segurança para as vítimas da homotransfobia, mas não é isso que irá determinar o fim da discriminação e do odioso e ofensivo tratamento dispensado ao cidadão LGBTQIA+. Desse modo, o Estado deve usar o seu poder punitivo para regular as práticas delituosas, conjugando-o com políticas públicas, ações afirmativas, que buscarão a conscientização da sociedade acerca da tolerância e respeito à diversidade.

Assim, em primeiro lugar, considerado o caráter emergencial da medida, deve-se propor a definição de conduta homofóbica e transfóbica.

Recentemente, antes do memorável julgado do Supremo Tribunal Federal, o Senador Weverton Rocha, do PDT/MA, apresentou o projeto de lei nº 679²⁰ em fevereiro de 2019, que visa à alteração da Lei do Racismo, de modo a incluir no referido diploma os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual e/ou identidade de gênero. Trata-se de um nobre gesto articulado pelo Parlamentar, uma vez que sua proposta teve por objetivo complementar a legislação, por meio de uma simples modificação, o que já seria um grande avanço nas conquistas da comunidade.

A partir da sugestão proferida pelo Senador, incorreria nas penas dos artigos 3º (“Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos”), 4º (“Negar ou obstar emprego em empresa privada”) e 20 (“Praticar, induzir ou incitar a

²⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 679*, de 12 de fevereiro de 2019. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135183>>. Acesso em: 2 set. 2021.

discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”), todos da Lei do Racismo, não só quem praticasse as condutas por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, como também quem as cometesse por motivo de discriminação de orientação sexual e identidade de gênero.

Todavia, sendo alvo de inúmeras rejeições e controvérsias, o projeto ainda não teve a evolução perseguida, sobretudo sob o argumento de que não está amadurecido suficientemente tanto do ponto de vista técnico-científico como do ponto de vista religioso ou moral. Mais uma vez, a parcela conservadora presente no Congresso Nacional dificulta a criminalização da homotransfobia, preocupada com definições precisas de termos técnicos, e utiliza argumentos vazios única e exclusivamente para impedir que a proteção da comunidade LGBTQIA+ prospere.

A mesma postura culminou no arquivamento de outro projeto parecido, o projeto de lei nº 122/2006²¹, que também buscou mudança na Lei do Racismo para enquadrar a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero como prática delituosa. Como se pode depreender das movimentações, a posição adotada revela uma mentalidade congressista retrógrada que praticamente não evoluiu ao longo dos anos.

Também seria pertinente o oferecimento de um projeto de lei que visasse à tipificação penal autônoma da homofobia e transfobia. Ao contrário do que muitos afirmam, não é necessária a precisão técnica dos termos “homofobia” e “transfobia”, até porque a finalidade é justamente criminalizar toda e qualquer forma de discriminação de orientação sexual e identidade de gênero. Portanto, basta que conste, de um único tipo penal, que será considerada criminosa toda e qualquer conduta discriminatória ou preconceituosa dirigida a pessoa LGBTQIA+.

Ressalte-se que a discriminação deve ser identificada no caso concreto. Não será qualquer conduta ou qualquer situação que configurará ato discriminatório a merecer a reprimenda penal. Deve-se observar se, de fato, houve uma distinção injusta, um tratamento desigual motivado por características pessoais de uma determinada pessoa ou grupo, de modo a colocá-los em situação de desvantagem. Se isso não ocorre, não há que se falar em crime.

É importante consignar a importância da intervenção do Direito Penal na tutela jurídica dos direitos fundamentais à orientação sexual e identidade de gênero, na medida em que, por mais que os outros ramos jurídicos hajam tentado garantir o tratamento isonômico a todos os indivíduos, as inovações legislativas não foram suficientes, sobretudo para proteger a

²¹ BRASIL. *Projeto de Lei nº 122*, de 12 de dezembro de 2006. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 2 set. 2021.



integridade física e psíquica do cidadão LGBTQIA+.

Em segundo lugar, impende observar que, mais que criminalizar para controlar, é necessário conscientizar para erradicar. Por essa razão, não basta que haja um tipo penal caracterizando a homotransfobia como crime. Devem ser implantadas políticas públicas, a serem estimuladas pelo Estado e pela população, que garantam a efetividade dos direitos mencionados. Afinal, embora a lei seja uma das medidas essenciais para garantir a paz e o convívio social harmônico, não é o suficiente para uma concreta segurança dos indivíduos. Devem ser adotadas medidas eficazes para o seu efetivo cumprimento.

Acredita-se que o principal instrumento para conscientizar um indivíduo é a educação. Portanto, o Estado deve promover o estudo sobre a homossexualidade e transexualidade, no sentido de ensinar a todos que pessoas LGBTQIA+ existem, são seres humanos iguais aos outros e merecem integral respeito. Os conceitos sobre LGBTQIA+ devem ser amplamente esclarecidos, como os que foram expostos no início deste artigo, o que facilitará a compreensão acerca do que seja orientação sexual e identidade de gênero. Para alguns, é importante que tais informações constituam a base de sua formação cultural; para outros, mais conservadores, é preciso que se desconstrua, que se reformule as raízes pessoais, morais, éticas e culturais, de maneira que não haja preconceito de qualquer ordem.

Só com a tipificação penal e, em paralelo, a conscientização da sociedade será possível afastar condutas ofensivas que são motivadas pela aversão ao homossexual, bissexual ou transgênero/transsexual. Como a velocidade do amadurecimento social em relação aos direitos das minorias é incrivelmente menor que a da edição de leis que os tutelem, aliada à vulnerabilidade da comunidade LGBTQIA+, é mister que se priorize a criminalização. Ora, o preconceito contra raça nunca deixou de existir, mas hoje é mais controlado, e é isso que se deseja para a discriminação de orientação sexual e identidade de gênero.

Por fim, o que se espera, minimamente, é que os Deputados Federais e Senadores, que se reputam competentes e capazes de defender os interesses do povo e dos Estados-membros, sejam mais eficientes no combate à discriminação. A homotransfobia é uma realidade incontestável e merece atenção especial. Além disso, deve um Parlamentar se preocupar não apenas com o que a maioria deseja, mas também com o que a minoria precisa. Vinte e oito cidadãos LGBTQIA+ morrem a cada vinte e quatro horas, simplesmente por sua condição sexual; por si só, isso não é o bastante para que o Congresso Nacional saia da inércia e enfrente essa realidade?

CONCLUSÃO

Assim, nota-se que, há muito tempo, embora ciente da violência, das contínuas tragédias e perseguições aos cidadãos LGBTQIA+, motivadas por puro preconceito e discriminação à orientação sexual e identidade de gênero, o Estado segue negligenciando a proteção jurídica à comunidade LGBTQIA+.

Conclui-se que, apesar da proposição de diversas inovações legislativas em âmbito federal, visando à efetivação dos direitos fundamentais desse público, sobretudo os que foram mencionados, a grande maioria foi rejeitada ou sequer foi apreciada, o que torna evidente o total desinteresse com tais questões, muitas vezes motivado por convicções pessoais ultrapassadas e raízes puramente religiosas.

Por outro lado, é inegável que, como representantes do povo, os Parlamentares devem estar atentos à realidade, especialmente a paz e à harmonia no convívio social. Deputados e Senadores não foram eleitos para agir de acordo com suas crenças individuais, mas sim para atuar em nome da sociedade, sendo fiel aos mandamentos constitucionais explícitos e implícitos. Em última instância, devem pautar sua atuação na premissa de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, de modo a materializar um dos maiores fundamentos da República: a dignidade humana.

O ditame é claro: todos são iguais sem distinção de qualquer natureza. Não há qualquer convicção política ou religiosa que possa contrariar essa norma, nem qualquer razão que justifique a estagnação do Congresso Nacional na incriminação de condutas que agridam qualquer ser humano baseadas em puro ódio à sua condição sexual, ainda mais diante dos números alarmantes de casos envolvendo morte de cidadãos LGBTQIA+.

Ao contrário do que se espera, o Poder Legislativo parece desprezar as normas constitucionais e permanece inerte na sua obrigação de agir para criar leis para a efetiva proteção da comunidade LGBTQIA+, especialmente em âmbito criminal. Por esse motivo, o Poder Judiciário, com sua postura ativista, se viu obrigado a equiparar os crimes de homofobia e transfobia aos crimes de racismo. Talvez não fosse a solução tecnicamente aplicável. Contudo, se a transformação positiva de mentalidade ocorreu apenas em âmbito judiciário, qual a saída para garantir os direitos fundamentais mais importantes desse grupo minoritário?

Opostamente ao pensamento de muitos, que pregam que o Supremo Tribunal Federal agiu fora dos seus limites de atuação, ofendendo princípios constitucionalmente previstos, a verdade é que, se os Poderes da República desejam preservar a separação de funções, devem cumpri-las com afinco e seriedade, sob pena de serem questionados e substituídos pelos demais.



Os três Poderes atuam em nome do povo, como guardiões da Constituição. Se um deles não cumpre a sua parte, por que os outros não estariam legitimados a agir? Afinal, o objetivo de todos é garantir o equilíbrio das relações sociais, a efetivação dos direitos fundamentais, a liberdade de ser, ir e vir.

Outrossim, se, em termos puramente técnicos, é invocada a violação ao princípio da reserva legal, o que dizer sobre a efetivação de direitos fundamentais tão importantes? A dignidade humana é um fundamento a ser mantido ou é um mero escrito para enfeitar a Lei Maior?

A criminalização da homotransfobia, de caráter extremamente urgente, deveria ocorrer, naturalmente, por meio de ato específico do Poder Legislativo. No entanto, nada impede que o Poder Judiciário, ciente da inércia que impera sobre o Parlamento, equipare a conduta mencionada a crime de racismo. Até porque a própria noção de racismo se fundamenta na manifestação de poder, calcada na crença de que um grupo majoritário com determinadas características é superior a outros minoritários que ostentam condições distintas. Ora, a homotransfobia é exatamente isso; só que a manifestação de poder não é dirigida à raça, e sim à orientação sexual e identidade de gênero. Seria o citado enquadramento um erro grosseiro ou uma invasão de uma esfera sobre outra?

Desse modo, conclui-se que o Pretório Excelso, mais uma vez, agiu em prol das liberdades humanas. Sua postura ativista, usada de forma moderada, gera inúmeros benefícios para a sociedade, inclusive para as minorias, que se sentem constantemente esquecidas e rejeitadas. Que o debate sirva para estimular o Poder Legislativo a uma atuação mais intensa, mais comprometida com a comunidade LGBTQIA+, de modo que, alinhado às políticas públicas dirigidas ao grupo e em equilíbrio com os demais Poderes, volte a ter credibilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Vieira de. *Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11807/Equiparacao-da-homofobia-ao-crime-de-racismo-diante-da-tendencia-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 31 ago. 2021.

_____. *Projeto de Lei nº 122*, de 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 2 set.

2021.

_____. *Projeto de Lei nº 679*, de 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135183>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADO nº 26/2019*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 2 set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MI nº 4.733*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>>. Acesso em: 2 set. 2021.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo judicial: para quem e por quê*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SILVA, Gabriele. *Qual o significado da sigla LGBTQIA+?*. Disponível em: <<https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/qual-o-significado-da-sigla-lgbtqia>>. Acesso em: 09 abr. 2021

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Supremo não legislou nem fez analogia ao considerar homofobia como racismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo#_ftn1>. Acesso em: 26 ago. 2021.

XIMENES, Elisama. *A luta LGBTI, a omissão do Congresso e a resistência religiosa: uma questão de existir*. *Jornal Opção*, Goiânia, 26 maio 2019. Disponível em <<https://www.jornalopcao.com.br/reportagens/a-luta-lgbti-a-omissao-do-congresso-e-a-resistencia-religiosa-uma-questao-de-existir-186601/>>. Acesso em: 26 mai 2021.