

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO: UMA SUPOSTA AMEAÇA À TRIPARTIÇÃO DE PODERES FRENTE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DA SUPREMA CORTE

EQUATING HOMOTRANSFOBIA TO THE CRIME OF RACISM: AN ALLEGED THREAT TO THE TRIPARTITION OF POWERS FRONT OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION OF THE SUPREME COURT

Marcos Daniel Dias de Queiroz
Ilma Maria da Silva Araújo

RESUMO: À luz da jurisdição constitucional, bem como os princípios assegurados pela Carta Magna de 1988, este artigo é influenciado pelas infindáveis discussões instaladas após o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4733, pelo Supremo Tribunal Federal, equiparando-se às práticas de homotransfobia o crime de racismo, nos termos da Lei nº 7.716/1989. Em primeiro plano, tornou-se oportuno uma retrospectiva histórica, que apesar de breve, permitiu o reconhecimento das práticas homossexuais na história do Brasil. Em seguida, foram feitas algumas considerações quanto às definições dos termos e questões terminológicas, essenciais à compreensão do tema abordado. Depois, fez-se um aprofundado exame quanto à contemporaneidade da homotransfobia, reconhecendo sua presença de maneira estruturada nas instituições. Uma fronteira entre a liberdade de expressão e a liberdade religiosa foi interposta, afastando-lhes a presunção de caráter absoluto, especialmente quando em confronto com as outras garantias e direitos fundamentais. Isto posto, enfrentou-se as críticas de que a Suprema Corte teria praticado supostos ativismos judiciais, ao desprezar a função precípua do Congresso Nacional na criação de leis. Em consequência, afastou-se as acusações de feridas ao conceito da tripartição de poderes, bem como do princípio da estrita reserva legal. O presente artigo, fruto da graduação do autor, realizou uma análise do acórdão pelo viés dos Direitos Humanos, somando-se à interpretação jurídica e a explanação do conceito de racismo.

PALAVRAS-CHAVES: Homotransfobia. Racismo. Criminalização. Constituição.

ABSTRACT: In the light of the constitutional jurisdiction, as well as the principles assured by the Magna Carta of 1988, this article is influenced by the endless discussions installed after the joint judgment of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission (ADO) nº 26 and the Injunction Mandate (MI) nº 4733, by the Federal Supreme Court, equating to homotransphobia practices the crime of racism, in the terms of Law nº 7.716/1989. In the first place, it became opportune to make a historical retrospective, which, although brief, allowed the recognition of homosexual practices in the history of Brazil. Next, some considerations were made regarding the definitions of terms and terminological issues, essential to the understanding of the theme addressed. Then, an in-depth examination was made regarding the contemporaneity of homotransphobia, recognizing its presence in a structured way in institutions. A boundary between freedom of speech and freedom of religion was interposed, removing their presumption of absolute character, especially when confronted with other guarantees and fundamental rights. That said, the criticism that the Supreme Court had practiced supposed judicial activism, by disrespecting the primary function of the National Congress in the creation of laws, was addressed. As a consequence, the accusations that the tripartite division of powers

and the principle of strict legal reserve have been dismissed. The present article, fruit of the author's graduation, carried out an analysis of the decision from the point of view of Human Rights, adding to the legal interpretation and explanation of the concept of racism.

KEYWORDS: Homotransphobia. Racism. Criminalization. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude de se viver em uma complexa sociedade, cujas batalhas ideológicas constituem-se em verdadeiros empecilhos para um desenvolvimento plural e democrático, o tema em apreço guarda grande relevância, não apenas contemporânea, mas também histórica. Portanto, assentadas por essas e demais premissas, os escritos que seguir-se-ão, desenvolverá uma análise acerca da equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, à luz da jurisdição constitucional da Suprema Corte Brasileira.

O assunto trazido nessa vereda, tem sua origem em 19 de dezembro de 2013, quanto o Partido Popular Socialista (PPS), que nos dias atuais encontra-se com a denominação de Cidadania, pleiteou diante do Supremo Tribunal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, a criminalização específica de todas as formas de homotransfobia, individuais ou coletivas, bem como dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações fundadas na orientação ou identidade de gênero da vítima. Pleiteou, ainda, o reconhecimento da mora inconstitucional do Poder Legislativo em cumprir com os mandados constitucionais de criminalização de tais condutas. Um de seus principais objetivos, a provocação do Poder Público para que fossem adotadas as medidas cabíveis à efetivação dos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, após percorrer os longos trilhos processuais, a ADO nº 26, em conjunto com o Mandado de Injunção (MI) nº 7.733, ação com objetivos semelhantes, proposta pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT), foram apreciados pelos idos de 2019.

Para bem aclarar os instrumentos, registre-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem o objetivo de provocar o Poder Judiciário, para que, conforme expressamente autorizado pela Carta Magna à Suprema Corte, forneça a prestação jurisdicional necessária para inibir qualquer desprestígio que cerque a Constituição, zelando pela proteção aos direitos e garantias nela proclamados. O Mandado de Injunção, por sua vez, embora de caráter semelhante, por também investir-se como instrumento hábil para a proteção dos beneplácitos constitucionais, atua precisamente no intuito de controlar eventual omissão legislativa que inviabilize a eficácia dos dispositivos do Texto Maior.

Sob esse prisma, quanto à atuação do Congresso Nacional, a Suprema Corte declarou seu estado de mora inconstitucional, equiparando as práticas de homofobia e transfobia, mediante interpretação ao conceito de racismo, conforme incriminação constante na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha lei originária do Congresso Nacional destinada ao preenchimento desta lacuna.

Sem razões para timidez, instalou-se no centro do debate nacional grande polêmica, eis que surgiram diversas alegações de que estaria o Supremo Tribunal Federal legislando e, por linha de consequência, ferido a tripartição de poderes e a cláusula de reserva constitucional

de lei em sentido formal. Houve reação do Congresso Nacional, os integrantes da base de governo do Presidente Jair Bolsonaro e o próprio repudiaram veementemente a decisão, houve movimentos extremos que sugeriram o impeachment dos quatro ministros que haviam votado pela criminalização na via judicial, mesmo sendo vencidos.

Posto isto, eis a necessidade da análise que se propõe o presente. Estruturando-se, em primeiro momento, em uma contextualização história da homossexualidade brasileira, bem como apresentando as definições terminológicas, adentrará ao cerne do conflito para bem apresentar a legitimidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no pleno exercício que lhe é conferido pela jurisdição constitucional.

2 UM OLHAR RETRÓGRADO SOB A COMUNIDADE LGBTQIAP+

Em uma breve e simples síntese fática, é possível observar que não raro a sexualidade humana, apesar de sua natureza intimista, foi e continua sendo, motivo de discussões, pesquisas e perseguições.

Por meio de um sobrevoo mais prolongado sobre a história, antes mesmo da comunidade LGBTQIAP+, formada pelos grupos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais, agêneros, pansexuais e demais orientações, ser construída, registramos ainda no período colonial o primeiro caso de homotransfobia no Brasil, naquele tempo, a Terra de Santa Cruz. Sem incentivo a devaneios, a origem religiosa do nome dado para estas terras à época muito poderia revelar, eis que, sobre a anuência de religiosos da Igreja Católica em missão no Brasil, o índio tupinambá conhecido como Tibira do Maranhão, fora executado em virtude de sua orientação sexual. Diz Mott (1995), que este seria “o primeiro mártir gay registrado na história do Brasil”.

Mott segue nos contando que:

Logo no primeiro ano após a chegada dos franceses, exatamente em 1613, foi condenado à morte o primeiro homossexual que se tem notícia em nossa história. Trata-se de um índio Tupinambá, tibira, acusado de ser praticante costumaz do abominável pecado de sodomia. Para limpar a terra de tão execrando costume, o infeliz silvícola foi preso com o beneplácito dos Capuchinos franceses e amarrado na boca de um canhão, que, com o estourar do pelouro, espalhou se corpo pela Baía de São Marcos (MOTT APUD SANTOS, 2021, p. 12).

Pois bem. Em uma simples consulta ao dicionário da língua portuguesa, encontra-se o significado da palavra “estrutural” como algo referente à estrutura, à maneira como algo é construído, organizado ou disposto. Nessa vereda, é provável que na situação outrora narrada estivesse inaugurando-se o que hoje se pode entender como homotransfobia estrutural.

Entrementes, sem afastar-se do que é o objetivado neste momento, ainda trilhando a simples análise histórica, torna-se oportuno registrar que as tribos indígenas eram praticantes seculares e reiteradas do relacionamento oriundo entre pessoas do mesmo sexo. Logo, com a descoberta daquilo que já era conhecido e habitado, um confronto entre culturas foi inegável, desde o início da colonização do Brasil foram os muitos os registros que demonstraram a homossexualidade indígena e a ingênua descoberta da sodomia.

Como aponta Trevisan (2018) a conceituação da sodomia tomaria por base o credo cristão de que a sexualidade obedeceria à finalidade da reprodução, assim sendo, o sodomita

era aquele que praticava relações sexuais com pessoas do mesmo sexo, bem como os que praticavam sexo oral ou anal, mesmo que em relações heterossexuais.

As observações críticas destes fatos mostram que, ao avançar da colonização e a expansão de poderio da Igreja Católica, ao passo em que catequizavam os indígenas na fé cristã, falecia-lhes a liberdade. Suas ideias acerca da sexualidade foram tachadas como pecaminosas e imorais, combatê-las era o papel da “santa” inquisição. Deste modo, a homossexualidade tornou-se crime durante o Brasil Colônia, perdendo a força apenas ao fim do império, nos idos de 1830. Todavia, modalidades indiretas de discriminação tornaram-se contínuas no caminhar deste país.

A seguir, a visão de Poadson Santos:

E, embora a homossexualidade não se encontre expressamente criminalizada para civis desde 1830, ao longo do tempo, ‘diversos outros dispositivos legais e contravencionais, tais como ato obsceno em lugar público, vadiagem, ou violação à moral e aos bons costumes’, foram intensamente mobilizados para perseguir as sexualidades desviantes (SANTOS, 2021, p. 12).

Mas fora durante o período ditatorial brasileiro que se deflagraram os primeiros protestos patrocinados pela comunidade LGBTQIAP+ na busca por seus direitos. Momento aquele em que se exercia uma intensa política de controle e repressão.

Conta-nos a história que aos dias 28 de junho do ano de 1969, em Stonewall Inn, Greenwich Village, nos Estados Unidos, logo ao alvorecer, ocorreria o Stonewall Riot (Rebelião de Stonewall) episódio tido como o “marco zero do movimento LGBT contemporâneo” quando um grupo de gays, lésbicas, travestis e *drag queens* enfrentaram policiais em resposta às ações tipicamente arbitrárias da polícia local.

Volvendo novamente os olhares às terras brasileiras, é possível observar que aquela revolta fora o estopim para que grupos começassem a se organizar por aqui. A realidade diária da década de 70 era em meio a ditadura civil-militar (1964-1985), onde as publicações alternativas LGBTs tornaram-se fundamentais, tanto para denúncias, bem como para promover o conhecimento acerca de questões educacionais e sociais. O Lâmpião da Esquina destacou-se nas denúncias vividas pela comunidade LGBTQIAP+. (Ferraz, 2017)

Tenha-se presente a importância em investir no uso mais completo da sigla LGBTQIAP+, pois, por muitos anos centralizou-se os olhares maldosos apenas aos gays e às lésbicas, até mesmo pela ausência de estudos científicos e demais interpretações à sexualidade humana, mas é certo que todos aqueles que a tinham em descompasso com o padrão aceito pela sociedade estariam sujeitos à toda sorte de marginalização.

Após a ressalva, oportuno se toma dizer que o volume II do relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), instaurada pela Lei nº 12.528/11, conta-nos que o regime militar associara a homossexualidade à subversão, assim justificavam os vários tipos de repreensão sobre a sociedade brasileira. De todo modo, já era clarividente que tais aversões não surgiram no período ditatorial, este era um mal que havia se instalado desde a chegada dos colonizadores e seus credos cristãos.

Os dias continuaram a enveredar-se por seus contínuos e esperados caminhos, e, no dia 05 de outubro de 1988, o Congresso Nacional, por meio da Assembleia Constituinte, promulgou a atual Constituição da República Federativa do Brasil, eram tempos de

redemocratização. Seu artigo 3º trazia os objetivos fundamentais da República, o inciso IV expressou no sentido de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O processo constitucional já percorria os sentidos das discriminações.

Neste passo, em um breve retorno aos meses que antecederam aquela promulgação, em uma de suas manchetes do dia 29 de janeiro de 1988, a Folha de São Paulo publicava: “Plenário recusa emenda contra discriminação a homossexual”. A derrota era anunciada por Ulysses Guimarães, que presidindo aquele plenário de aproximadamente 461 constituintes presentes, tinha como resultado 317 a 130 e 14 abstenções. Nesta ocasião, o que se pretendia era tão somente “promover a superação de preconceitos”, dentre eles, os que seriam sobre as “preferências sexuais” dos cidadãos.

Pertinente é a colocação de Poadson Santos ao delinear sobre a tendência brasileira quanto ao exercício legislativo em prol das minorias comentou que

O Brasil, pródigo na criação de normas para proteger grupos vulneráveis, não possui nenhum projeto de lei aprovado contra a violência homotransfóbica no âmbito federal, ao contrário do que ocorre com as mulheres (Lei nº 11.340/06), idosos (Lei nº 10.741/03), crianças e adolescentes (Lei nº 8.069/90), povos indígenas (Lei nº 6.001/73), pessoas com deficiência (Lei nº 13.146/15) e migrantes (Lei nº 13.445/17), para ficar em apenas alguns exemplos (SANTOS, 2021, p. 12).

Não se pode negar que o contexto fático em torno da homossexualidade é de vasto conteúdo históricos, dentre avanços e conquistas, bem como humilhações, exclusões e violências quase que estruturadas no seio da sociedade. Borrillo (2021) tem pertinentes considerações acerca da existência comprovada da homofobia no nosso cotidiano, sobretudo quando olhamos essa presença para além do indivíduo, encontrando-a nas culturas e instituições.

Neste passo, munidos de alguns subsídios históricos quanto à sexualidade humana e a homotransfobia, reconhecendo sua presença histórica da civilização, passa-se a tratar agora, das necessárias definições e questões terminológicas.

1.1 Definições e questões terminológicas

O Min. Celso de Mello (2019), ao relatar a Ação de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26, entendeu por bem, fazer previamente algumas observações prévias, tendo em vista que muitas são as definições essenciais para compreender não somente o seu voto, mas também a complexidade outrora exteriorizada.

Neste diapasão, sobre o olhar de Santos (2021) o acrônimo LGBTQIAP+, escolhido por ser mais abrangente, tem por finalidade designar o grupo de pessoas que não se identificam com o padrão hetero-cis-normativo, dando luz às mais variadas formas da tão rica diversidade sexual humana. Assim sendo, a sigla tem por representar o grupo de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais, agêneros, pansexuais, cabendo ao símbolo de adição “+” representar todas as demais orientações, identidades e expressões de gênero.

A par disso, é de preferência justificável a utilização da expressão “orientação sexual” ao invés da conhecida “opção sexual”, partindo pelo pressuposto de que não há de se tratar de escolhas ou opções. Como bem denota Vecchiatti (2008), podemos entender a orientação sexual como o resultante do seu desejo afetivo estar direcionado a outrem de sexo biológico distinto ou não, afastando-se do sentido de opção e, aproximando-se de uma involuntariedade natural.

Nessa vereda, adentrando à seara da designação do sexo do indivíduo pelo olhar biológico, com mera verificação de fatores genéticos, genitais, *gonodais* ou morfológico. De maneira simplista, tem-se a designação sexual voltada para homens, mulheres e intersexuais, estas últimas são aquelas que desenvolvem características sexuais que de forma naturalmente não se encaixam nas noções típicas femininas ou masculinas.

Não se pode perder de vista que a sexualidade humana há muito tempo tem sido palco de opiniões públicas que por muitas vezes tendem por desumanizar o outro, por ser ele diferente. O que se tem, no entanto, é a certeza de que esta envolve os aspectos íntimos das singularidades humanas. Daí por que, a maestria de entender a identidade de gênero enraizada em um sentimento de pertencimento ao gênero masculino, feminino ou outro, independentemente de sexo biológico.

2 A HOMOTRANSFOBIA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Em retorno à República Federativa do Brasil, a CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos – deu início em um acurado diagnóstico acerca dos direitos humanos, destinando-se, especialmente, aos grupos manchados por um vasto histórico de discriminação e desigualdade estrutural. Eis que, nos dias 12 de fevereiro de 2021, foi aprovado seu relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil.

Neste passo, constatou-se naquele um verdadeiro revés. É que apesar de tímidos avanços no combate à discriminação contra membros da comunidade LGBTQIAP+, em sobremodo fora o crescimento de práticas criminosas lastreadas na orientação sexual, na identidade e/ou expressão de gênero que divergem do padrão aceito pela sociedade brasileira. Verdade seja, naquele tempo, colhia-se os primeiros agravos pós eleições gerais de 2018. Isso porque a mudança cultural necessária para um contínuo avanço civilizatório que deveria partir do Estado, dava lugar a discursos reversos; o voto democrático da maioria da população brasileira elegia naquele período o Presidente Jair Messias Bolsonaro, político integrante da direita conservadora, patrono de grandes discursos manchados pelo preconceito implícito e uma arrogância devastadora.

Para se bendizer contemporâneo, fazendo jus ao que se intitula neste capítulo, registre-se que fora noticiado pelo Grupo Gay da Bahia, em seu relatório sobre mortes violentas da comunidade LGBTQIAP+ no Brasil que nos seis primeiros meses do ano de 2022, 135 mortes de membros deste grupo já haviam sido assinaladas. Por sua vez, esses óbitos, em sua expressiva maioria, encontram-se marcados por altos níveis de violência e crueldade.

Oportuno se torna dizer que, a justificativa para índices tão alarmantes na sociedade contemporânea, encontram-se escritas desde o passado, sua presença contínua fez com que fossem se institucionalizando-se nos passados em que se lançam ao futuro. Dizer-se, talvez, que não há homotransfobia no Brasil, mas que há na homotransfobia, o Brasil.

2.1 A homotransfobia estrutural

Pois bem, no capítulo inicial deste escrito, falou-se numa possível inauguração do que poderia, atualmente, entender-se como homotransfobia estrutural. Por esta análise, somando-se o contexto histórico que fora abordado no capítulo anterior, ver-se-á de maneira enraizada na sociedade brasileira as práticas homotransfóbicas, que se resultam em verdadeiros crimes de ódio, pautados pela discriminação, pela aversão injustificada à orientação sexual e identidade de gênero.

A presença contínua e negativa de tais práticas, cuidou de torná-las comuns aos olhos de muitos. Verdade seja, não são raros os ambientes em que frases ou expressões discriminatórias são entoadas, ora por brincadeiras com alguns conhecidos, ora como forma de agressão verbal após algum dissabor com outrem. Desta forma, a homotransfobia instalou-se nas mais variadas relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas, dando ensejo para a estruturação aqui pautada. Por esse percurso, no elevar-se dos números que identificam a passagem dos anos, elevou-se também os números que indicam os atentados contra a comunidade LGBTQIAP+.

Sob esse prisma, torna-se possível reconhecer a existência da homotransfobia institucionalizada nas relações cotidianas, por meio de conversas informais ou exposição de opiniões, a verdade é que expressões homotransfóbicas permeiam o vocabulário brasileiro; algumas das vezes não há no locutor a intenção ou mesmo a ciência de que está estimulando e/ou praticando a discriminação, embora isso não deva diminuir nem um pouco a sua responsabilidade por tal.

Por outra perspectiva, inadequado seria desconsiderar que este escrito científico se desenvolve no país que, pelo quarto ano consecutivo, lidera como o que mais mata pessoas LGBTQIAP+. Os dados que conduzem para esses resultados são precisos, comparando com o ano de 2020, quando foram registradas 237 mortes, no ano de 2021 os crimes homotransfóbicos vitimizam 316 seres humanos, dados apresentados pelo Observatório de Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil.

Nesse momento, é importante observar que os dados já assustadores são colhidos de maneiras informais. Isso porque, os órgãos governamentais não chegaram a desenvolver um sistema para avaliar de maneira oficial o nível de violência que se tem noticiado. Por essa vereda, não há de se desconsiderar a grande probabilidade de subnotificações, o que dá margem para que os números reais sejam bem mais altos.

Pelo olhar retrógrado lançado na primeira seção, foi possível observar a institucionalização de tais crimes e suas crueldades. Com o descobrimento do país já descoberto por seus povos originários, a violência, a barbárie e todo mal oriundo da discriminação e do preconceito fora validados como valores morais, ora em nome de Deus, da família ou do conservadorismo, perpetuada pela omissão do poder público, especialmente não promover as necessárias mudanças culturais e educacionais. Nesse ponto, é importante o registro de que fora a Suprema Corte que, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão (ADO 26), reconheceu o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional em legislar sobre proteção penal à comunidade LGBTQIAP+.

De outra parte, para aclarar a institucionalização que aqui se trata, registre-se que foi a consciente escolha dos representantes do Estado em omitir-se em tais aspectos, não sendo demasiado lembrar o que narra Trevisan:

Em Brasília, durante a aprovação da nova Constituição de 1988, o plenário do Congresso Constituinte votou quase em peso contra a inclusão do item que proibia discriminação “por orientação sexual”. A bancada evangélica bateu palmas ante a derrota da assim chamada “emenda dos viados” ou, para usar os termos do líder do governo Carlos Sant’Anna, emenda da “desorientação sexual” (TREVISAN, 2018, p. 201).

Neste diapasão, torna-se possível duas considerações que, apesar de perfunctórias, darão ensejo para tratar-se-á no tópico que surgirá. Veja, a mera alegação de que inexistiu omissão por parte do Poder Legislativo é, no mínimo, contraproducente, eis que, como assinalado acima, fora uma livre escolha dos constituintes em deixar de tratar sobre o tema quando da confecção da Carta Magna de 1988. Lado outro, a presença de associações cristãs nos autos da ADO 26, com o claro intuito de obstar a prestação jurisdicional pleiteada perante a Suprema Corte, registra a constante contribuição do cristianismo para a manutenção da homofobia e transfobia, mesmo que travestida de falsa contribuição.

Portanto, tecidas as considerações que se afiguravam como necessárias, é bem de ver, outrossim, que há na sociedade brasileira uma contínua presença de rejeição àqueles que se apresentem com distinções dos padrões aceitos pela maioria, nota-se, inclusive, que isso perpetua-se desde que avistadas as terras de Santa Cruz. Verdade seja, compõe a estrutura deste país uma verdadeira discriminação para com a comunidade LGBTQIAP+, reafirmado dia após dia, ano após ano.

2.2 Os limites entre a liberdade religiosa e de expressão frente a inibição de práticas homotransfóbicas

Com peculiar maestria, diz-nos o Ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso (2022), que a Constituição de 1988 tratar-se-á, verdadeiramente, “do símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”.

Aclamada como a Constituição Cidadã, a seguir o texto presente em seu Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

O romper-se com a tradição, eis que, desde o império, as Constituições Brasileiras iniciavam-se com a organização do Estado e dos Poderes, mas naquela que seria o marco da nova ordem, foi, em primeiro plano, declarado direitos e garantias, que em seu decorrer, seriam

tidas como fundamentais, dentre eles, asseguravam-se a liberdade, a segurança e ausência de preconceito. Inadequado seria deixar de registrar uma pequena incoerência, a Carta Magna era promulgada “sob a proteção de Deus”, conforme expresso pelos constituintes, apesar de ser o Brasil um país laico.

Entrementes, superadas as breves premissas, tornou-se oportuno um olhar acurado sobre os memoriais apresentados pela Associação Nacional dos Juristas Evangélicos - ANAJURE, nos autos da ADO nº 26, onde, certamente, não foram felizes, mas incoerentes. Visualizaram o pleito de criminalização da homotransfobia como uma subsunção das liberdades civis fundamentais ao direito à liberdade de opção sexual, seria o direito à liberdade religiosa ferido de morte em sua dimensão pública, proclamatória e oponível contra quem o for. Para a associação, condenar em tom firme e crítico as ideias e as práticas homossexuais, nada mais seria que a mera discordância, fundamentada pelo exercício da Liberdade de Expressão.

A bem da verdade, não há razões para que se interponha um oceano de incompatibilidades entre a criminalização da homotransfobia e aos direitos de liberdade de expressão e, também, de liberdade religiosa, pois são juridicamente compatíveis. O ato ilícito, reside no intuito de ofender a outrem ou ao seu grupo, de inflar os ânimos e aflorar o preconceito e a violência, de incentivar a discriminação. Não persiste a presunção de ilicitude nos discursos proferidos por líderes religiosos à exposição contida em seus livros sagrados, onde, cria-se, não semeia a violência, mas que certamente incentiva a solidariedade e o respeito, repugna todo sinal de desprezo, sem omitir-se ou negar os ensinamentos de sua doutrina.

A Carta Magna brasileira, em seu artigo 5º, apresentou um verdadeiro e amplo conjunto de liberdades básicas, em tudo compatíveis com os valores democráticos presentes em nossas instituições, sejam políticas, sociais ou jurídicas. Sob esse prisma, a construção de uma verdadeira proteção constitucional à liberdade não se limitou em garantir o direito apenas aqueles que pensam em similitude, lado outro, pelo contrário, a garantia entender-se-á também àquelas cujas ideias causem discordâncias ou até mesmo repúdio, promovendo a legitimidade do dissenso em seu conteúdo argumentativo e o respeito ao pluralismo presente nas terras brasileiras.

Entretanto, em que pese sua presunção de prioridade, não assiste à liberdade de expressão um caráter absoluto, podendo ser restringida perante a violação de outro princípio fundamental. Nessa seara, Clève (2022) registra duas hipóteses de restrição como dignas de destaque. A primeira resume-se nos direitos fundamentais que assegurem a autonomia privada dos indivíduos nas esferas da intimidade, da vida privada, da honra e imagens das pessoas. Já a segunda, em poucas palavras, versam sobre os limites quanto àqueles que proferem discursos encharcados pelo ódio e pela intolerância, verdadeiros atentados às condições democráticas. Verdade seja, as práticas homotransfóbicas se encaixariam em ambas as hipóteses.

Sobre mais, Iotti (2019), quando utilizando-se da oportunidade de sustentar oralmente, perante os ministros da Suprema Corte, as razões que levariam à necessária criminalização da homotransfobia no julgamento da ADO 26, antecipou sua veemente discordância às alegações que mais tarde formariam os memoriais da ANAJURE, onde afirmava-se que aquela criminalização causaria um irreparável prejuízo à liberdade religiosa. De peculiar maestria, sua sustentação oral, tempos depois, tornou-se livro.

Deveras, o direito à liberdade de expressão e à liberdade religiosa é, também, o direito à existência de uma multiplicidade de crenças e descrenças, insistindo-lhes na garantia de proteção a discursos de ódio. As exteriorizações que estimulam a hostilidade e, conseqüentemente, provocam a violência em virtude da orientação sexual ou da identidade de gênero, não condizem com o aparato constitucional de liberdade.

Deparando-se com a provocação que estimula o debate, se as alegações desarrazoadas de que a criminalização de práticas homotransfóbicas possuíssem alguma razão para ser, da mesma forma seria com a figura definida no artigo 208 do Código Penal, consubstanciada na tipificação de delito contra o sentimento religioso. Eis que, a adoção de medidas que visem prevenir e punir a opressão que sofre a população LGBTQIAP+, apenas os trataria com igualdade em termos de proteção jurídica, ao passo que concederia a proteção integral que já desfruta a religião.

A propósito, sabe-se que o Estado deve atuar em estrita neutralidade religiosa, pois, em sua laicidade, a fé é privada. Portanto, seria ilógico que, pautando-se em fundamentos de dogmas religiosos, deixasse a autoridade pública de proteger as minorias e os grupos vulneráveis. Sua postura de imparcialidade e equidistância deve dispensar igual proteção do sistema político e jurídico instituído pela Constituição da República, garantindo a todos a dignidade e os direitos que se afluam das liberdades fundamentais (Santana, 2019).

Há de se perceber perfeitamente, que o combate às práticas homotransfóbicas não resultam na diminuição da liberdade de expressão e religiosa, tão somente, deixa admitir que sobre esses pretextos mantenha-se a violação de direitos fundamentais. Os valores essenciais de um Estado Democrático de Direito permitem a existência de discursos que condene a homoafetividade como conduta contrária aos ensinamentos doutrinários de qualquer que seja a religião, sem instrumentalizá-la para a prática do mal ou legitimá-la como um ambiente de discursos de ódio.

3 A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO

Consubstanciando-se em uma das maiores democracias contemporâneas, a República Federativa do Brasil, assim como demais países de todo o mundo, reservou à Suprema Corte o desempenho de três grandes papéis, o contramajoritário, o representativo e o de vanguarda iluminista. Nesta seara, a jurisdição constitucional, quando bem exercida, torna-se uma garantia à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Em suas singularidades, o papel contramajoritário centraliza-se no poder das cortes constitucionais de invalidar leis e atos normativos, sobrepondo-se às decisões do Presidente da República ou do Congresso Nacional, para proteger, em nome da Constituição, os direitos fundamentais e as limitações do jogo democrático. Por sua vez, o papel representativo permite o desempenho das Cortes para atender demandas sociais não satisfeitas tempestivamente pelo Poder Legislativo, ou, quando atendidas, necessitem de complementação para suprir omissões inconstitucionais do legislador. Por fim, digno de autocontenção e parcimônia, desempenham as Cortes Constitucionais o papel iluminista, para promover avanços civilizatórios necessários à proteção dos direitos fundamentais e superação de preconceitos e discriminações.

No dizer expressivo de Barroso (2022), o protagonismo do Supremo Tribunal Federal do Brasil, certamente, não é desfrutado em nenhuma suprema corte de outro país. Isso porque, há uma judicialização significativa de questões nacionais, políticas e sociais, especialmente no âmbito da proteção dos direitos fundamentais e da democracia. Entrementes, o fato de haver judicialização não confundir-se-á com ativismo judicial.

3.1 A existência de omissão inconstitucional na criminalização da homotransfobia

Àqueles cujos olhos lhes permitam ver, não há de persistir dúvidas de que a comunidade LGBTQIAP+ trata-se de grupo minoritário e vulnerável, exposto ao longo da história a toda sorte de preconceitos, discriminações e violências. Parafraseando Borrillo (2021), a homotransfobia permanece como a discriminação inscrita única e formalmente na ordem jurídica.

Lado outro, é de opinião unívoca que a tripartição dos poderes, com seu caráter descentralizador, tem como espinha dorsal o dever de assegurar a independência e harmonia entre suas instituições, de modo que nenhum venha se sobrepor ao outro, evitando -se os abusos e garantindo o exercício da democracia. Assim sendo, ao Poder Legislativo cabe a criação primária das leis e o dever de fiscalizar os atos do Poder Executivo. Enquanto isso, ao Judiciário, especialmente à Corte Constitucional, a atuação com autocontenção e parcimônia caracterizam a normalidade dos dias.

De início, registra-se que o artigo 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Portanto, incompreensível é a ausência de norma criminal que repreenda especificamente os atos de homofobia e transfobia, seja em sua individualidade ou coletividade. A propósito, é mister reiterar a posição de prodígio do Brasil, quando a criação de novas e políticas públicas voltadas para a proteção das minorias e vulneráveis, logo, observa-se que a carência de lei que combate e previne a violência homotransfóbica no âmbito federal não se prolonga, por exemplo, às mulheres, aos idosos ou às crianças e adolescentes, como exemplo, eis que tais grupos possuem o aparato institucional do Estado na garantia de seus direitos (Santos, 2021).

À hipótese em exame, as razões para ampliação da fronteira posta entre a interpretação constitucional quanto às atividades e competências legislativas, para além da omissão inconstitucional, nos termos do artigo 103, §2º da Carta Magna, estavam também em destaque a ausência de respeito à liberdade, à igualdade, à integridade e à vida dos membros do grupo LGBTQIAP+, sendo-lhes restritos direitos fundamentais.

Portanto, ao deparar-se com tais fatores, e sendo clarividente a omissão do Congresso Nacional, não poderia a Suprema Corte agir de outro modo. Pois, as consequências desse comportamento omissivo e de má vontade do Parlamento Brasileiro, resultaram na exposição dos homossexuais e demais integrantes da comunidade LGBTQIAP+ à graves violações dos direitos que lhes são fundamentais como para qualquer um. A inércia injustificável do Legislativo, podendo, inclusive, ser estendida ao Executivo, era inibidora da concretização dos instrumentos e cláusulas constitucionais.

Nesse passo, com a devida autocontenção e parcimônia, mas também, com a necessária proteção da integridade da comunidade LGBTQIAP+, em suas esferas físicas e

psicológicas, assinalava a interpretação do texto constitucional de que, à luz do princípio da proporcionalidade e sua vedação à proteção insuficiente, a criminalização dos atos homotransfóbicos era medida a se impor.

A verdade é que, apesar de toda a proteção teórica que a Carta Magna contenha em seu corpo e, passados mais de 30 (trinta) anos de sua promulgação, ainda persiste no seio da sociedade brasileira a existência de grupos vulneráveis, expostos à toda sorte de inferiorização e injusta exclusão, em especial, aqueles cujos seus “crimes” era o sentimento de amor dispensado a outrem, no mais íntimo e genuíno significado, porquanto direcionado não pelos atributos genitais e sim pela pessoa.

A banalidade do mal homofóbico e transfóbico dita por Iotti (2019), representada pelo convívio silente da sociedade ante os incompreensíveis atos daqueles que se investiam do pseudodireito para oprimir, ofender, agredir e matar aqueles que não se enquadravam no padrão heteronormativo imposto pela maioria. A ciência de a criminalização não teria o condão de exaurir em sua totalidade os ataques nunca fora rejeitada, todavia, omitir-se tampouco faria bem à manutenção do Estado Democrático de Direito, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, em seu sinal de avanço civilizatório como pontuado por Sarmento (2020), como fonte verdadeiro valor ao ordenamento jurídico constitucional. Sob esses e muitos outros fundamentos, foi declarada, pela maioria dos ministros que compunham a Corte Constitucional à época, a omissão normativa inconstitucional do Parlamento Brasileiro e a equiparação dos atos homotransfóbicos ao crime de racismo.

3.2 A impossibilidade do supremo tipificar delitos e a interpretação do conceito de racismo previsto na lei nº 7.716/89

O desate do conflito àquele momento não poderia ser outro, não poderia a Suprema Corte desconsiderar os altos números de violência sistemática contra os homossexuais e demais membros da comunidade LGBTQIAP+. Borrillo (2021) assemelha com maestria as reiteradas violações fundadas na orientação sexual e na identidade de gênero aos atos de racismo, antissemitismo e misoginia.

Contudo, sempre foi de notório conhecimento que a tipificação das condutas delituosas, conforme preconiza a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX, encontra-se subordinada ao instituto constitucional da reserva absoluta de lei formal, que define, ainda, que sem lei anterior que o descreve, não há crime, o que inviabilizou a possibilidade que a prestação jurisdicional fosse utilizada como sucedânea da lei. Ademais, no âmbito do direito penal, persiste o princípio da reserva legal, competindo exclusivamente ao Congresso Nacional a criar e aprovar crimes e penas (GOMES; MAZZUOLI, 2009).

Nessa vereda, sendo assegurada também aos integrantes da comunidade LGBTQIAP+ a proteção igualitária das leis, que emergem da própria Constituição Federal, não seria crível aceitar a permanência de qualquer ato que os excluísse ou estimular-lhes o desrespeito, tão somente pela sua orientação sexual ou identidade de gênero. Assim sendo, os ministros da Suprema Corte encontraram a prudência em cientificar o Parlamento Brasileiro acerca de seu estado de mora inconstitucional e, mediante uma profunda interpretação ao conceito de racismo,

nele enquadrado-se de imediato todo e qualquer ato consubstanciado na prática de homotransfobia.

A bem da verdade, o precedente existia naquela corte desde quando, no julgamento do paradigmático Caso Ellwanger em 2004, havia fixado o entendimento de que o racismo, na verdade, tratava-se uma realidade social que, sem referência às questões físicas ou biológicas, concentrava-se na convicção de hierarquia entre os grupos humanos, aptos para segregar, inferiorizar e até mesmo eliminar pessoas. À época, Siegfried Ellwanger, alegava que o povo judeu não constitui uma raça, logo, incitar-lhes o ódio não poderia ser um crime de racismo, como supradito, tese esta veemente rejeitada no entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, Nucci (2010) explicou que uma eventual limitação do termo racismo à simplista discriminação de raças, seria nada mais, que uma negação ao princípio da igualdade, logo, “raça, enfim, um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamento comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um grupo homogêneo ou um conjunto de pessoas fisicamente parecidas” (2010, p. 300).

Isto posto, para não violar a tripartição de poderes e nenhum dispositivo constitucional, bem como para não dar as costas à população LGBTQIAP+ que encontrava-se às margens da proteção estatal, o Supremo Tribunal Federal equiparou, somente e tão somente até o momento em que sobrevier lei do Congresso Nacional, com a finalidade de implementar os mandados de criminalização presentes no artigo 5º, XLI e XLII da Carta Magna, as condutas homotransfóbicas ao racismo, ajustando-as aos preceitos definidos na Lei nº 7.716/1989.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De aduzir-se em conclusão, rememoremos que a jornada da comunidade LGBTQIAP+ em busca da garantia à cidadania plena, bem como ao respeito quanto às suas características pessoais, tem sido traçada há anos. Durante esse período, Constituições foram promulgadas, um golpe militar aconteceu e, após a redemocratização, por meio da Constituição Federal de 1988, que tanto prezou pelos direitos, garantias e liberdades fundamentais, há ainda o injusto ataque e contínuo ataque por parte daqueles cuja evolução civilizatória é insignificante.

Entretanto, é preciso insistir no fato de que a equiparação da homotransfobia ao crime racismo, apesar de ser um marco histórico e importante para a sociedade de modo geral, por si não é suficiente para pôr fim às graves ofensas que maculam seus direitos fundamentais. A criminalização propriamente dita, bem como o incremento de políticas públicas para combater a violência que tem sido dispensada.

Outrossim, é preciso reconhecer que o Supremo Tribunal Federal manteve sua atuação dentro dos limites de sua jurisdição constitucional, respeitando as fronteiras que dividem a atuação de cada poder, bem como sua sólida jurisprudência. Ademais, registre-se que sua atuação ocorreu de maneira estrita e temporária, preservando os mandamentos da Carta Magna, que desde o seu preâmbulo torna claro a intenção de formar com o povo brasileiro uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A propósito, tendo a guarda da Constituição como função precípua, acertadamente agiu a Suprema Corte, eis que a questão versava sobre o desrespeito às regras do Estado Democrático de Direito, bem como à proteção dos direitos e garantias fundamentais. Verdade

seja, a tripartição de poderes e os princípios constitucionais não podem ser instrumentos de um governo omissivo e preconceituoso.

À religião, presente na sociedade desde a criação deste mundo, como ensina seus livros sagrados, não há razões para crer que a proteção da população LGBTQIAP+ poderia causar-lhe prejuízo. Não existe e sequer existiu a pretensão de cercear a liberdade de líderes religiosos, afirmar aos seus pares e, àqueles que os ouvidos lhes permitam ouvir, que o homossexualismo é pecado em sua doutrina não lhe é ilícito, a ilicitude encontra-se no discurso do ódio, no abuso da liberdade de expressão. Não se pode permitir que a evasão de fronteiras entre o Estado laico e a religião permita a exposição, mesmo que da minoria, à sorte de toda barbárie humana.

A simplista ausência de vontade institucional do Parlamento Brasileiro não deve persistir, não há razões que fundamentam o estado de mora inconstitucional que lhes perseguem. Muito mais importante que rejeitar o direito ao dissenso e atentar contra a intolerância, é a função que lhes foi conferida pela vontade popular, quem verdadeiramente detém o poder. Não pode o Congresso Nacional cultivar a intolerância, tampouco manter-se silente diante dela, pois aquele que se omite diante de uma atitude preconceituosa, inevitavelmente, escolherá o lado do opressor. Portanto, aos representantes do povo, espera-se o trabalho firme no fortalecimento das instituições democráticas desta República Federativa que é o Brasil, bem como no fiel cumprimento daquilo que ordena a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília-DF, 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26**. Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional; Presidente do Senado Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Voto: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília-DF, 2019.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: História e Crítica de um Preconceito**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

CLÈVE, Clèmerson. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2022.

CNV, Comissão Nacional da Verdade. **Relatório**, volume II. Brasília-DF, 2014. Disponível em https://cnv.memoriasreveladas.gov.br/imagens/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf. Acesso em 10 de maio de 2022.

FERRAZ, Thaís. Movimento LGBT: **A Importância de Sua História e do Seu Dia**. Disponível em <https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>. Acesso em 10 maio 2022.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HUMANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos: **Situação dos Direitos Humanos no Brasil**. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos: 2021. Disponível em: <https://oas.org/pt/cidh/relatórios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

HOMOSSEXUAL, Plenário Recusa **Emenda Contra a Discriminação** a. Folha de São Paulo, São Paulo-SP. 29 de jan. de 1988. Nº 10.127 – ano 68. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/busca>. Acesso em 10 maio de 2022.

HC 82.424, Rel. Min. Moreira Alves, **Redator para o acórdão** o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004.

MOTT, Luiz. **A Inquisição no Maranhão**. 1ª ed. São Luiz: EDUFMA, 1995.

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

RECONDO, Felipe, O STF, **Seus Bastidores e Suas Crises**. Felipe Recondo e Luiz Weber. 1ª Edição. São Paulo-SP: Companhia das Letras, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 3ª Edição. São Paulo: Fórum, 2020.

SANTOS, Poandson. **A Criminalização da Homotransfobia no Brasil: Uma Análise da ADO nº 26 e do MI nº 4.733**. Livro eletrônico. 1ª Edição. Caruaru-PE: Editora do Autor, 2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **O Supremo Tribunal Federal, a Homotransfobia e seu Reconhecimento Como Crime de Racismo**. 1ª Edição. Bauru-SP: Spessotto, 2020.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A Homossexualidade no Brasil, da Colônia à Atualidade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. **O Supremo Tribunal Federal, a Homotransfobia e seu Reconhecimento Como Crime de Racismo**. 1ª ed. Bauru-SP: Spessotto, 2020.