

A EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO E SUA IN(CONSTITUCIONALIDADE)

Camila Leal de Azevedo Santos Sales¹

Humberto César Machado²

RESUMO: A equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/1989, foi pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº. 26, em 2019. Este trabalho tem por objetivo analisar a referida ADO nº. 26 e a sua in(constitucionalidade). A propositura da ação ocorreu em razão dos diversos casos de violência, morte e discriminação sofridos pela comunidade LGBTQIAP+ e a ausência de tipo penal que incriminasse tais condutas. O feito, produziu uma onda de opiniões e debates, para alguns a Suprema Corte violou a tripartição de poderes e, para outros, apenas cumpriu com seu papel fundamental. Diante da mora inconstitucional do Poder Legislativo em tipificar as práticas de homotransfobia, coube ao Poder Judiciário intervir para resguardar os direitos e garantias fundamentais deste grupo vulnerável. Para a realização deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, artigos científicos e o método descritivo.

PALAVRAS-CHAVE: Equiparação da Homotransfobia ao Racismo. ADO 26. Criminalização da Homotransfobia.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho, procura-se analisar a in(constitucionalidade) da equiparação da homotransfobia, sofrida por membros da comunidade LGBTQIAP+, ao crime de racismo, tipificado na Lei 7.716/1989, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão - ADO nº. 26. Em face dos aterrorizantes números de crimes envolvendo a discriminação, seja pela identidade de gênero, seja pela orientação sexual das pessoas pertencentes a este grupo, o Partido Popular Socialista – PPS ingressou com a ADO nº. 26, perante o STF, a fim de ver sanada a omissão legislativa em tipificar infrações penais concernentes ao tema.

¹ Acadêmico (a) do curso de Direito do Centro Universitário Alfredo Nasser. E-mail: camilalealazevedosantos@gmail.com.

² Pós-Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-GO (2016); Doutor em Psicologia pela PUC-GO (2013); Mestre em Psicologia pela PUC-GO (2006); Especialista em História pela Universidade Federal de Goiás - UFG (2002); Graduado em Filosofia pela UFG (1996); Graduado em Pedagogia pela ISCECAP (2018); Elemento Credenciado Fatores Humanos e Prevenção de Acidentes Aéreos pelo CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos); Professor Coreógrafo e Dançarino de Salão; Professor da PUC-GO; Membro do Comitê de Ética e Pesquisa, Professor do Centro Universitário Alfredo Nasser – UNIFAN e orientador da pesquisa. E-mail: humberto.cesar@unifan.edu.br.

Em razão do Dirigismo Constitucional implementado pela Constituição da República Federativa de 1988 – CF/88, houve o cuidado do constituinte originário em inserir obrigações a serem cumpridas pelo Estado, bem como ordens constitucionais de legislar. Não atendidas tais ordens, estaria o Poder Legislativo incorrendo em uma verdadeira inconstitucionalidade por omissão.

Desta feita, objetiva-se no decorrer desta pesquisa, demonstrar que, ao equiparar as práticas de homotransfobia ao crime de racismo, não esteve o STF ferindo a tripartição de poderes, tão pouco agindo de maneira inconstitucional. Lado outro, apenas fora cumprido o que preceitua a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XLII, tendo a Suprema Corte exercido o seu papel principal – certificar direitos fundamentais e resguardar a democracia.

2 METODOLOGIA

O presente trabalho se compõe de uma pesquisa de revisão bibliográfica, tendo como base de consulta, artigos científicos, doutrinas, teses de doutorado e dissertações mestrado, legislações e jurisprudências. Por meio do estudo e observação das mais diversas correntes de pensamento, alinhados ao contexto atual de acontecimentos, será desenvolvido de forma a criar uma compreensão da equiparação da homotransfobia ao crime de racismo e sua in(constitucionalidade).

3 CONCEITOS DE HOMOTRANSFOBIA E DA SIGLA “LGBTQIAP+”

Visando o melhor entendimento do presente trabalho, cumpre destacar que a expressão homotransfobia traduz qualquer tipo de agressão física, psicológica, sexual ou simbólica contra alguém em situação de vulnerabilidade devido a sua identidade de gênero ou orientação sexual, (SANTOS, 2020). Para Santos (2021, p. 06): “LGBTQIAP+ representa o grupo de pessoas que não se identificam com o padrão hetero-cis-normativo: lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, *queers*, intersexuais, assexuais, agêneros, pansexuais e demais orientações. Esclarecendo: lésbicas – “mulheres (cisgênero ou transgênero) que se sentem atraídas afetiva e sexualmente por outras mulheres (também cisgênero ou transgênero)”, (GARCIA, 2021); gays – “homens (cisgênero ou transgênero) que se sentem atraídos por outros homens (também cisgênero ou transgênero)”, (GARCIA, 2021);

bissexuais – “pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente tanto com pessoas do mesmo gênero, quanto do gênero oposto (sejam essas pessoas cisgênero ou transgênero)”, (GARCIA, 2021); transexuais e travestis – “conceito relacionado à identidade de gênero e não à sexualidade, remetendo à pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento”, (GARCIA, 2021); *queers* – “qualquer pessoa que não se encaixe na heterocisnormatividade, ou seja, que não se identifica com o padrão binário de gênero, tampouco se sente contemplada com outra letra da sigla LGBTQIAP+”, (GARCIA, 2021); intersexo – “pessoa que nasceu com a genética diferente do XX ou XY e tem a genitália ou sistema reprodutivo fora do sistema binário homem/mulher”, (GARCIA, 2021); assexual – “indivíduo que não sente nenhuma atração sexual por qualquer gênero”, (GARCIA, 2021); pansexualidade – “orientação sexual em que as pessoas desenvolvem atração física, amor e desejo sexual por outras pessoas independentemente de sua identidade de gênero”; ‘+’ – demais orientações sexuais e identidades de gênero (GARCIA, 2021).

4 A MODULAÇÃO DO CONCEITO DE RACISMO

Outrora, entendia-se que os indivíduos eram divididos por raças. A partir do século XV, as ideias europeias sobre a diversidade racial e cultural se expandiram, trazendo a separação dos seres humanos pautada exclusivamente no fenótipo (WEDDERBURN, 2007). Assim, o conceito tradicional de raça, fazia segregação entre negros, brancos e amarelos, com o fundamento de serem biologicamente diferentes.

A mudança desta interpretação se deu a partir do entendimento fixado pela Suprema Corte, no julgamento do *Habeas Corpus* – HC³ de grande repercussão nacional “O caso Ellwanger (STF, HC nº. 82.424/RS)”. Nesta oportunidade, o STF, valendo-se dos avanços científicos e do Projeto Genoma (o qual comprovou, através de sequenciamento genético, que apesar das inúmeras diferenças físicas entre as pessoas, a espécie humana é única) deixou firmado o entendimento que o racismo é uma realidade político-social, sem qualquer relação à raça no que se refere a caracterização física ou biológica. Em termos simples, racismo é todo e qualquer ato que visa promover a segregação de grupos, através da hierarquização de um grupo em face a outro, por meio de atitudes discriminatórias, hostis e preconceituosas.

³ *Habeas Corpus*: remédio constitucional usado para garantir a liberdade do indivíduo.

5 ADO 26 E EQUIPARAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA AO CRIME DE RACISMO

Conforme a organização de direitos humanos *Transgender Europe*⁴, o Brasil é considerado o país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo, (BERREDO, 2021). Através de estudos e pesquisas realizados, restou comprovado que a violência contra pessoas da comunidade LGBTQIA+ se sobrepõe consideravelmente às violências sofridas pelos demais grupos existentes.

Tal informação só corrobora a afirmação que a comunidade supracitada constitui um grupo vulnerável, que ao longo da história da humanidade é vítima de preconceito, discriminação e violência, necessitando de amparo legal na proteção de seus direitos e garantias. Cumpre ressaltar que a falta de legislação específica, contribui para o aumento dos índices de todo tipo de violência e morte, suportados por gays, lésbicas, bissexuais, transexuais entre outros.

Visando pôr fim aos crimes de ódio sofridos por estas pessoas e sanar a mora do Poder Legislativo em tipificar condutas homofóbicas e transfóbicas, na data de 19 de dezembro de 2013, o Partido Popular Socialista ajuizou ADO, com o fim de obter a equiparação da homotransfobia ao crime de racismo. Fora impetrado também, em 10 de maio de 2012, pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) o Mandado de Injunção (MI) 4733 (o qual não será objeto de discussão no presente trabalho), com objetivos similares aos da ADO, sendo as duas ações julgadas em conjunto pela Suprema Corte.

Valendo-se de princípios como o da proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente; das ordens constitucionais de legislar criminalmente (artigo 5º, incisos XLI e XLII, da CF/88) além do conceito jurídico-constitucional do termo “raça”, já mencionado, o partido travou uma verdadeira luta para ver assegurados os direitos e garantias fundamentais do grupo LGBTQIA+.

Levando em conta as tensões políticas vividas há época, houve diversos debates acerca do julgamento da ADO nº. 26. Doutrinadores, juristas, políticos, aduziam que o STF estaria legislando, avocando competência que lhe era estranha. Muitos sustentaram que o feito seria inconstitucional, já que o reconhecimento da equiparação da homotransfobia ao crime de racismo, seria violação a separação dos poderes.

Sabe-se que a competência para legislar é típica do Poder Legislativo. Não obstante, em caso inércia de seus membros, perante o evidente e claro mandado de criminalização

⁴ *Transgender Europe*: Europa transgênero.

trazido pela CF/88, que diz: “Art. 5º, inciso XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988); e o novo conceito do termo racismo (abarcando a homotransfobia), fez-se necessária a atuação da Suprema Corte, cumprindo seu papel Iluminista, que, segundo o voto do Ministro Barroso: “é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria” (BARROSO, 2019).

Vencidas as discussões processuais, o plenário do STF, em sua maioria, equiparou a homotransfobia ao crime de racismo – sendo tal termo entendido em sua expressão social –, devidamente tipificado na Lei nº 7.716/89. Ressaltou, ainda, que não houve qualquer instrumento de integração normativa ou interpretação extensiva, mas apenas interpretação conforme a constituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, através deste trabalho, foi possível concluir que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO nº. 26, ajuizada com a finalidade de ver a homotransfobia equiparada ao crime de racismo, respeitou indubitavelmente todos os parâmetros legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, assegurando o princípio da dignidade da pessoa humana do grupo minoritário aqui tratado.

Verificou-se que não houve inconstitucionalidade em tal equiparação, já que, diante da mora inconstitucional do Poder Legislativo em face de ordem constitucional incriminadora, fez-se competente o STF para afirmar que a homotransfobia é espécie do crime racismo. Mais: pautado na evolução histórico-social, preocupou-se o Plenário em demonstrar que o termo racismo, abarca a homotransfobia, sendo o atual conceito não mais pautado em raças distintas, mas sim na valoração negativa de certo grupo humano, o qual possui sentimento de superioridade, em face a membros da comunidade LGBTQIA+. Assim, todo ato discriminatório que envolva a orientação sexual e a identidade de gênero, deve ser punido ao rigor da lei nº 7.716/89.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=LyqsDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=racismo&ots=Qncd8rkl91&sig=hr9Gkz9DgOOgxfkCzZJpzEsx5vg#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 25 ago. 2022.
- ALVES, Elves. **Análise do julgamento da ADO 26 e do MI 4.733 (criminalização da homofobia): Função Judicante Contemporânea Ou Ativismo Judicial?** 2021. Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/riufs/14202>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BARBOSA, Renan. **Por 8 votos a 3, STF cria crime de 'homotransfobia'**. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/por-8-votos-a-3-stf-cria-crime-de-homotransfobia/>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BERNARDO, João. **Outra face do racismo: 3) foram os racistas quem criou as raças**. 2020. Disponível em: <https://passapalavra.info/2020/09/133608/>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BERREDO, Lucas. **Atualização do TVT TMM • Dia de lembrança trans 2021**. 2021. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BITTENCOURT, Ricardo. **A criminalização da homofobia: uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, à luz do princípio da legalidade penal e seus desdobramentos**. 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/218879> Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 29 ago. 2022.
- BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 25 ago. 2022.
- RODRIGUES, Paulo. **A judicialização da política no Brasil: a história, as definições e os usos do conceito**. Disponível em: <https://www.btd.uerj.br:8443/handle/1/18059>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 3. ed. São Paulo: Fórum, 2020.
- STRECK, Lenio. **O Motim Hermenêutico e os Mitos do "Bom" e do "Mau" Ativismo**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-27/senso-incomum-motim-hermeneutico-mitos-bom-mau-ativismo>. Acesso em: 29 ago. 2022.

STRECK, Lenio. **O Ativismo Judicial Existe ou é Imaginação de Alguns**. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADO nº 26, de 19 de dezembro de 2013**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 29 ago. 2022.

VECCHIATTI, Paulo. **O STF, a Homotransfobia e o seu reconhecimento como crime de racismo**. Bauru – SP: Spessotto, 2020.

WEDDERBURN, Carlos. **O racismo através da história**: da antiguidade à modernidade. 2007. Disponível em: <http://www.ammapsique.org.br/baixar/O-Racismo-atraves-da-historia-Moore.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.