
A CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADO 26 E DO MI 4733: A INTERPRETAÇÃO POLÍTICO-SOCIAL DE CONDUTAS HOMOTRANSFÓBICAS COMO CONDUTAS RACISTAS

Matheus Souza de PAULA¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.1015

RESUMO

A importância de debate acerca do tema vai além da proteção à dignidade humana. Faz-se importante o entendimento dos motivos pelos quais o Supremo Tribunal Federal interpretou condutas homotransfóbicas como condutas racistas. Utilizando-se o método sistêmico, verificar-se-á a conjuntura de fatores políticos-sociais que corroboram com o resultado do julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção Coletivo nº 4733.

Palavras-chave: Homofobia; criminalização; interpretação; racismo.

ABSTRACT

The importance of debate on the topic goes beyond the protection of human dignity. It is important to understand the reasons why the Federal Supreme Court interpreted homotransphobic conduct as racist conduct. Using the systemic method, it will be verified the conjuncture of political and social factors that corroborate with the result of the judgment of the Right of Unconstitutionality Action for Omission nº 26 and of the Collective Injunction Order nº 4733.

Keywords: Homophobia; criminalization; interpretation; racism

¹ Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019). Integrante do Grupo de Estudos: Pensamento Crítico da Universidade Federal de Alfenas, campus Poços de Caldas-MG; e do Grupo de Estudos: Ciências Criminais e Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2017). Advogado.

1 INTRODUÇÃO

As questões que versam sobre identidade de gênero e expressão afetiva de cada indivíduo sempre foram pautas de debates entre pessoas conservadoras que, para mascarar preconceitos enraizados, utilizavam-se de uma suposta “liberdade de expressão” para agredir, física, verbal ou psicologicamente, gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais.

De fato, especificamente no Brasil, onde tanto se mata e se restringe direitos da população LGBT, o debate sobre preconceito e proteção de populações historicamente fragilizadas, nunca foi levado à sério pelo Legislativo e Executivo Federais.

Conquistas históricas, na maioria das vezes, vêm por meio do Poder Judiciário, que escuta a demanda vinda das ruas e de organizações que trazem à tona a agenda das minorias.

A discriminação está presente em diversas discussões, com isso, é possível enxergar o racismo como um conceito genérico de prática abusiva contra uma pessoa em virtude de um contexto social ou político, que possui diversas maneiras de se apresentar.

Às injustiças históricas praticadas contra os negros em nosso país, hoje em dia, vislumbramos mais uma. Por isso há necessidade em reconhecer o racismo como um fator conjuntural da sociedade que abrange aspectos políticos e sociais.

2 COMPETÊNCIA E ATRIBUIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 NOÇÕES PRELIMINARES

O Supremo Tribunal Federal encontra-se no topo da hierarquia do Poder Judiciário e, nesse sentido, além de não caber recurso de suas decisões, também pode ser entendido como o responsável pela lei máxima do país, ou seja, é o grande guardião da Constituição Federal. Dessa forma, cabe ao STF julgar ações do Estado brasileiro, seu poder é de determinar o que está correto e o que não está correto, de acordo com o que dispõe a Constituição.

A competência precípua da Corte está definida no art. 102 da Constituição da República; é composta por onze Ministros, todos brasileiros natos (art. 12, § 3º, inc. IV, da CF/1988), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada (art. 101 da CF/1988), e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF/1988).

Entre suas principais atribuições, está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal ser provocado ou mesmo de ofício, e mediante dois terços dos seus membros, aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade, elencados no art. 103 da CRFB/88.

Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Na prática, cabe ao STF verificar se as ações do Executivo ou do Legislativo respeitam a Constituição Federal. Por exemplo: se a Câmara dos Deputados e/ou o Senado aprovam uma lei que é contraditória com a Constituição, o STF pode derrubar aquela lei argumentando sua inconstitucionalidade. Outro exemplo são os

impeachments. Se um Presidente da República realiza uma ação que viola a constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal julga esta ação e determina o impeachment do Presidente caso verifique que de fato houve violação.

É um árbitro, mas que não pode ser arbitrário; deve sempre observar os preceitos constitucionais mais fundamentais em suas decisões.

2.1.1 SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

Ao longo da história diversos autores falaram sobre a corrente Tripartite (separação do governo em três diferentes atividades), sendo Aristóteles² o pioneiro em sua obra “A Política” que contempla a existência de três órgãos separados a quem cabiam as decisões de Estado. Eram eles o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Posteriormente, Montesquieu³ cria a tripartição e as respectivas atribuições do modelo que, atualmente, é mais acolhido, sendo o Poder Legislativo responsável por discutir e elaborar as leis, em sentido amplo, bem como, editam ou revogam as já existentes; o Executivo – o que se ocupa o governante (chamado, à época, de Príncipe ou Magistrado) –, recebendo e enviando embaixadores, estabelecendo a segurança e prevenindo invasões; e por último, o Judiciário, que compete a punição dos crimes e o julgamento dos litígios da ordem civil.

Nessa tese, Montesquieu pensa em não deixar em uma única mão as tarefas de legislar, administrar e julgar.

As democracias ocidentais em geral, e no Brasil isso não é diferente, caracterizam-se pela separação dos três poderes, idealizada por Montesquieu. O autor dizia que “o homem, quando tem poder, tende a abusar dele” e, para impedir esse abuso, Montesquieu formulou um sistema político com o princípio de freios e contrapesos.

É com base nessa teoria que a grande maioria das democracias ocidentais adotam a divisão entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

² ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

Para a teoria de freios e contrapesos, o perfeito funcionamento de cada um desses poderes e sua efetiva independência são essenciais para impedir o autoritarismo, todos tendo que funcionar em conjunto, mesmo que atuem separadamente, indicando que não há uma hierarquia entre esses três poderes. Na prática isso significa que o Presidente da República não está à cima do Congresso Nacional ou do Supremo Tribunal Federal, nem vice-versa. Esses poderes estão lado a lado, e cada um deve fiscalizar a atividade do outro.

Seguindo o pensamento dessa corrente, tudo estaria perdido se o poder de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir crimes ou solver pendências entre particulares se reunissem num só indivíduo ou associação desses. O autoritarismo seria patente.

A separação dos poderes, portanto, é uma forma de descentralizar o poder e evitar abusos, fazendo com que um poder controle o outro ou, ao menos, seja um contrapeso, isto é, uma força que balanceie a força oposta.

Esse mecanismo assegura que nenhum Poder irá sobrepor-se ao outro, trazendo uma independência harmônica nas relações de governança e segurança para o livre manifesto da Democracia.

Na nossa atual Constituição Federal, a divisão dos Poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário é Cláusula Pétreia. Isso significa dizer que são determinações constitucionais que não podem ser objeto de deliberações para alterá-las, diminuindo-as. Somente podem ser ampliadas em seu objetivo nuclear.

2.2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO NÃO-RETROCESSO

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a concretização dos direitos sociais passou a ser debatida com mais força no mundo jurídico e político, com questões acerca da efetivação do texto constitucional na transformação da realidade brasileira.

Na década de 90 nossa Constituição começou a sofrer ataques contra os direitos sociais, via emendas constitucionais e medidas provisórias. No intuito de avaliar a concretização dos direitos

constitucionais e de defender as conquistas sociais surge o princípio do não retrocesso, que nas palavras de Canotilho ⁴:

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

A sistematização do assunto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, trata que o conceito do princípio “é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social” ⁵. Em complemento, Canotilho⁶ disciplina que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, anulem, revoguem ou aniquilem pura e simplesmente esse núcleo essencial.

Vale registrar que o princípio em estudo foi desenvolvido na Alemanha e em Portugal, partindo da constatação de que quando há uma obrigação em concretizar um direito positivado nasce para o Estado um dever de não adotar medidas que destituam ou flexibilizem de forma infundada as conquistas alcançadas.

Segundo o jurista Ingo Wolfgang Sarlet⁷, o princípio constitucional do não retrocesso, no âmbito do direito brasileiro, está implícito na Constituição Federal de 1988, e decorre do princípio do

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed., 11 reimp. p. 338 e 339.

⁵ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. Cit.* p. 340.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/o-estado-social-de-direito-a-proibicao-de-retrocesso-e-a-garantia-fundamental-da-propriedade>>. Acesso em 22 ago. 2019.

Estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção da confiança, entre outros.

O Supremo Tribunal Federal já tratou do princípio no seguinte julgado:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – **O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive.** – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.

(ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125. Sem grifos no original).

Em relação ao Princípio da dignidade da pessoa humana a doutrina atual⁸ disciplina que é “o ponto de partida na construção dos direitos fundamentais, estes só podem ser assim qualificados se e quando forem expressão perfeita daquela, e não apenas nos estreitos limites das normas jurídicas, mas no amplo espaço da realidade pela qual todos e cada um de nós somos, indiscutivelmente, responsáveis”.

Na nossa Constituição Federal, pode-se considerar que o princípio constitucional do não retrocesso social está expresso no art. 3º, inciso II, que diz:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

⁸ RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 407.

I – Construir uma sociedade livre, justa e igualitária;

II – Garantir o desenvolvimento nacional;

(...)

Trazendo a ideia literal de construção, a Assembleia Nacional Constituinte trouxe um panorama de estruturação, de edificação, a qual deve ser fundada em pilares que, garantidos, não mais poderiam ser retirados, sob risco de descumprir preceitos constitucionais de âmago social de extrema relevância.

Sintetiza o jurista Felipe Derbli ⁹:

“A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social”.

O desenvolvimento nacional previsto no inciso II, podendo também ser visto como progresso, é um objetivo fundamental do Estado que deve ser constantemente buscado. Pela lógica, a previsão constitucional do princípio do não retrocesso se dá pelo caráter negativo do dispositivo em comento, vez que há, ainda que subjetivamente, o dever de não permitir um retrocesso na ordem social, devendo o Estado agir positivamente na realização e na garantia dos direitos fundamentais.

2.3 DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

⁹ DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nasceu em 1988, inspirada pelo direito Português, com o objetivo de defender a CRFB/88 em face da síndrome da inefetividade das normas constitucionais de eficácia limitada dependentes de regulamentação.

Está fundamentada no art. 103, §2º da CRFB/88, sendo que o procedimento está previsto na Lei nº 9868/99, com a redação da Lei nº 12.063/09 que acrescentou vários dispositivos.

Sua finalidade é dar plena efetividade a todas as normas constitucionais de eficácia limitada dependentes de regulamentação. Não se refere apenas a normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais. Serve para qualquer norma constitucional de eficácia limitada que dependa de regulamentação.

Podem ser objeto da ADO as omissões normativas, totais ou parciais. Não incluindo as omissões administrativas e judiciais.

As omissões administrativas são questionadas via Ação Civil Pública, Mandado de Segurança ou Ação Popular. Já as omissões judiciais são combatidas por meio dos recursos.

No caso analisado na presente pesquisa, os proponentes das ações argumentam que o Congresso Nacional é omissor em não legislar sobre o assunto, solicitando, assim, ao STF que tome posição sobre o assunto até que o Poder Legislativo crie uma lei a respeito.

2.4 DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O Mandado de Injunção também foi criado pelo legislador constituinte em 1988, com o objetivo de tornar as normas da Constituição definidoras de direitos fundamentais plenamente exequíveis (art. 5º, §1º, CRFB/88).

É remédio constitucional de procedimento especial dirigido à tutela de direitos subjetivos constitucionais, cujo exercício esteja impedido pela ausência de norma reguladora.

Tem como objeto tutelar direito subjetivo constitucional previsto em norma de eficácia limitada, cuja ausência de norma regulamentadora impede o seu exercício.

No caso em análise, o objetivo das duas ações interpostas pelo então Partido Popular Socialista (PPS), que hoje se chama CIDADANIA

e pela ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros) e pelo Grupo Gay da Bahia é que o Supremo declarasse o Congresso Nacional omissivo por não ter votado até hoje um projeto de lei que criminaliza a homofobia. É solicitado ainda que a Corte dê um prazo final para que os parlamentares aprovem uma legislação criminal para punir especificamente violência física, discursos de ódio e homicídios por causa da orientação sexual ou identidade de gênero da vítima.

3 FUNDAMENTOS DA DECISÃO

3.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais não são ilimitados, podendo sofrer restrições por normas constitucionais ou infraconstitucionais, mediante expressa previsão da Constituição. Todavia, essa limitação não pode chegar ao absurdo, a ponto de o legislador ordinário suprimir toda a norma concretizadora do preceito constitucional. Significa dizer, que é proibida a limitação excessiva do direito fundamental, a ponto de suprimir a essência do direito, o coração do direito, do seu núcleo essencial.

Pode-se entender por núcleo essencial do direito a parte que compreende a satisfação de necessidades básicas do indivíduo, a essência, o mínimo existencial do direito à vida, liberdade, segurança física, alimentação, saúde, educação fundamental, moradia. As prestações indispensáveis a uma vida com dignidade, e cuja falta acarreta um estado de sofrimento, de desonra, de aviltamento, de abjeção, de degradação da vida humana.

Também, a defesa do núcleo essencial do direito fundamental decorre do princípio da proporcionalidade, no sentido de a intervenção estatal ocorrer na justa medida, da proteção de um núcleo fundamental, intocável, necessário a uma vida digna; que por isso mesmo não pode ser afetado, sob pena de o direito deixar realmente de existir¹⁰.

¹⁰ SOARES, Dilmanael Araújo de. **DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**. Dissertação (Mestrado em direito das políticas públicas) - Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil. 2010, p. 64/66.

Portanto, a aplicação desse princípio, diz respeito ao exame da adequação e da necessidade do direito fundamental, como forma não só de demarcar os limites e restrições, mas igualmente contra a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, que busquem frustrar a sua concreção.

Como bem assinala José Afonso da Silva¹¹, os direitos, liberdades e prerrogativas, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que as expressem tiverem efetividade. Também, que as normas definidoras desses direitos têm eficácia e aplicabilidade imediata.

No sentido material, os direitos fundamentais, embora não constantes do catálogo da Constituição, expressam valores reconhecidos pela sociedade como um todo, que para numerosa doutrina, são formas de realização, de efetivação de valores básicos individuais e coletivos, englobando os nacionais, estrangeiros, capazes, incapazes, todos, sem exceção. Vistos aqui como atributos da pessoa humana, de ser reconhecido, respeitado, tratado como tal, com a devida proteção da sua integridade física, mental, moral, espiritual, sua identidade e intimidade.

Segue dessa premissa, o trecho extraído abaixo do art. 3º, IV, que, de acordo com a pesquisa desenvolvida, o Estado Brasileiro deve proporcionar o bem de todos, sem exercer qualquer juízo valorativo.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por derradeiro, no caso em tela aplica-se o Princípio da interpretação conforme a Constituição e aos tratados internacionais para considerar o conceito da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Racismo¹² (artigo 1º, parágrafo 1º).

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 465.

¹² Adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto n.º 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969.

3.2 PREVISÃO LEGAL

As ações em comento pedem que o Supremo Tribunal Federal reconheça o conceito de "raça social" para punir agressores dentro da Lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89).

A Lei Antirracismo, de 1989, prevê que crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional sejam punidos com um a cinco anos de prisão. Também estão previstas penas alternativas, fora do sistema penal.

Primeiramente, críticas foram feitas afirmando que, em considerando a homotransfobia como crime de racismo “apagaria” a pessoa negra da Constituição. Contudo, quando o STF afirmou o antissemitismo como crime de racismo (HC 82.424/RS), a partir do conceito de racismo social que embasa esse julgamento, não se “apagou” a pessoa negra da Constituição, o que também não ocorreu quando a Lei Antirracismo passou a considerar como racistas, além das opressões por “raça” e “cor”, aquelas por “etnia, religião ou procedência nacional” (v.g., art. 20).

Logo, a crítica vem destituída de fundamentação que lhe torne defensável para além de um achismo que não pode servir ao debate acadêmico (muito menos, judicial).

Lembremo-nos, ainda, o relato do Min. Nelson Jobim, no HC 82.424/RS: aduziu que não se pretendeu limitar a repressão constitucional ao racismo apenas à pessoa negra, sendo esta a razão de se separarem os conceitos de “raça” e “cor” no texto constitucional, precisamente para permitir que *racismos não percebidos em 1988* pudessem sê-lo futuramente¹³.

Além do mais, o conceito de *racismo social* não foi inventado pelo STF, ao aduzir que o racismo é a inferiorização de um grupo social relativamente a outro (HC 82.424/RS), a partir da constatação de que a Constituição Federal (art. 3º, IV) e a Lei Antirracismo falam em “raça” e “cor” em palavras diferentes (aplicando-se a máxima hermenêutica pela qual “a lei não possui palavras inúteis”, de sorte que “raça” não pode significar apenas “cor”) e pelo fato de o Projeto Genoma ter acabado com a crença de que a humanidade seria formada por “raças biologicamente distintas entre si”.

¹³ STF, HC n.º 82.424-2/RS, confirmação de voto do Ministro Nelson Jobim, p. 04. Vide Réplica ao Senado na ADO 26 (petição eletrônica n.º 47), p. 10.

De sorte que, para o racismo não virar *crime impossível*, pela unicidade biológica da humanidade, foi necessário adotar o conceito político-social, motivado em elementos históricos, antropológicos e sociológicos, em detrimento dos biológicos (*ratio decidendi* da decisão).

3.3 DIREITOS E INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O artigo 5º da Constituição, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos estabelece, em seu parágrafo primeiro, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sob um prisma hermenêutico, de uma interpretação sistemática, no âmbito da nossa Constituição, observa-se que o legislador constituinte enumerou uma série de direitos individuais e coletivos no Capítulo I do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que no Capítulo II, do mesmo título, relacionou os direitos fundamentais sociais, no que se leva a afirmar que a Constituição estabeleceu um sistema materialmente aberto de direitos fundamentais, ao estatuir, no seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressamente estabelecidos em seu texto não excluem outros originados dela e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Borrillo¹⁴ explica que: mais do que uma dimensão pessoal (afetiva, intencional), a homofobia tem uma dimensão cultural (social, cognitiva), em que não se considera o homossexual como indivíduo, mas a homossexualidade como categoria (inferior à heterossexualidade).

Daí que, heterossexismo é “um sistema onde a heterossexualidade é institucionalizada como norma social, política, econômica e jurídica, não importa se de modo explícito ou implícito”, sendo “homofobia é a modalidade de preconceito e de discriminação direcionada contra homossexuais” qualificando os não-heterossexuais como uma *categoria inferior* a heterossexuais¹⁵.

¹⁴ BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, pp. 13-14, 15-16, 22, 31-32

¹⁵ RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. Editora Livraria do Advogado, 2006, pp. 113, 114, 118, 119, 120, 122, 128-129 e 131-134.

O mesmo se diga, acrescente-se, relativamente à transfobia e ao cissexismo relativamente à opressão de pessoas transgênero relativamente às pessoas cisgênero decorrente da cisnormatividade. Tudo a demonstrar a correção da conclusão da homotransfobia se enquadrar no conceito de racismo.

O bem jurídico-penal protegido pela criminalização da homotransfobia é a *tolerância* à livre orientação sexual e identidade de gênero — nem se fala em *respeito*, a saber, *tratar como igual*, ainda que discorde, pois, *tolerar* implica considerar a pessoa “inferior”, mas *pelo menos* sem agredir, ofender, discriminar e/ou matar (proteção a *bem jurídico penal*).

Outrossim, os poucos estados que possuem leis anti-discriminatórias que punem administrativamente a homotransfobia (como São Paulo e sua Lei 10.948/01) não têm conseguido reprimir de maneira eficaz tal opressão (*ultima ratio*).

Existe distinção entre discriminação institucional e discriminação estrutural, que, tratando do racismo, existem diferenças entre ambos os institutos jurídicos. A opressão estrutural é aquela que forma um “elemento que integra a organização econômica e política da sociedade”, enquanto “manifestação normal de uma sociedade, e não um fenômeno patológico ou que expressa algum tipo de anormalidade”, de sorte que “fornece o sentido, a lógica e a tecnologia para as formas de desigualdades e violência que moldam a vida social contemporânea”, sendo, em suma, “uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional”¹⁶.

Já a opressão institucional, no contexto do racismo, segundo o autor, “significa que, de algum modo, a imposição de regras e padrões racistas por parte da instituição é de alguma maneira vinculada à ordem social que ela visa resguardar”¹⁷.

Como se vê, embora próximos e muitas vezes interligados, os conceitos não se confundem: pode haver discriminação institucional a determinada pessoa sem que ela integre um grupo estruturalmente discriminado pela sociedade.

¹⁶ ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural**, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018, pp. 18 e 19.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 38 e 39.

3.4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O PRECONCEITO

O Brasil é *campeão* em mortes contra LGBTs, motivadas por preconceito. De acordo com as estatísticas disponibilizadas pelo Grupo Gay da Bahia, em 2019, a cada 20 horas uma pessoa é morta por ser LGBT.

Nesse festival de ódio de gênero, o elo frágil é a população LGBT brasileira, que sente a cada dia mais ameaçada.

Durante as Eleições Gerais de 2018, nas quais Bolsonaro (PSL) venceu, uma mulher transexual foi assassinada na região central de São Paulo aos gritos de "Bolsonaro presidente", mostrando que para alguns, o discurso de ódio do presidente é combustível para mais crimes e mais violência.

Após o incidente, o presidente Jair Bolsonaro afirmou que lamentava as agressões, mas não tinha o "controle" de seus seguidores. Posteriormente, o político do PSL afirmou que dispensava o voto de "de quem pratica violência contra eleitores que não votam em mim".

No começo de 2019 uma travesti foi morta e teve o coração arrancado e no seu lugar depositado uma santa. O assassino confesso disse acreditar que a vítima era um "demônio".

Em suma, pela tese acolhida pelo STF, só será racismo a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, em sistema de relações de poder em que grupo dominante oprime grupo dominado, em opressão estrutural, sistemática, institucional e histórica, geradora da qualificação artificial e ideológica de um grupo como "dominante", atribuindo-lhe qualidades de "natural, neutro, bondoso e modelo de pessoa ideal", bem como de outro grupo como "dominado", atribuindo-lhe qualidades de "antinatural, ideológico, perigoso e pessoa degenerada" (pessoas LGBTs também já o foram, pela "teoria da degeneração sexual").

O tribunal também fez ressalvas, no sentido de deixar claro que a repressão contra essas condutas não restringe o exercício de **liberdade religiosa**. Ou seja, fiéis, pastores e líderes religiosos têm assegurado o direito de pregar suas convicções, desde que essas manifestações não se convertam em discursos de ódio, incitando hostilidade ou a violência contra a população [LGBT](#).

Por exemplo: um pastor pode dizer que a homossexualidade é pecado, mas se defender a violência contra homossexuais essa conduta pode agora ser enquadrada como crime de racismo.

4 **CONSTITUCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO**

Não haverá alteração no texto da legislação penal brasileira. O efeito é vinculante, ou seja, o Supremo Tribunal Federal entende que há uma lacuna na Constituição no que diz respeito às vítimas de homofobia. Reconhecendo essa omissão no julgamento, na prática, o entendimento do Supremo passa a nortear as decisões de magistrados de todo o País, que passarão a interpretar homofobia como crime de discriminação por raça.

O STF fala desde o HC 82.424/RS que o racismo é um conceito que precisa ser interpretado à luz do princípio da igualdade, para fins de garantia de sua racionalidade. Então, cabe indagar: por que o *racismo* seria uma opressão desumanizante *apenas* contra a população negra e não a outras também submetidas a opressões estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas geradoras de inferiorização social e desumanização? Por que o racismo é uma forma mais grave de discriminação que as discriminações em geral? Como sair da lógica conceitual de que o racismo seria apenas ligado ao aspecto biológico do fenótipo, da cor de pele?

Cabendo lembrar, aqui, trazendo em outras palavras, a fala do ministro Maurício Correa, do STF, no julgamento do HC 82.424/RS: não importa o que o STF ou o grupo social pensa a respeito (sobre ser ou não uma “raça”), importa como esse grupo é socialmente tratado, donde se é tratado como uma “raça apartada” pela opressão social que lhe assola, o STF não pode fechar os olhos a essa realidade objetiva.

Longe de se permitir que “qualquer coisa” seja considerada como racismo, isso aumenta a dignidade constitucional do conceito de racismo para que não seja qualquer discriminação assim considerada, mesmo por lei. Então, o conceito deve ser celebrado, por não prejudicar o combate à opressão contra pessoas negras e, ao mesmo tempo, possibilitar a proteção de outros grupos vulneráveis pela repressão constitucional ao racismo, quando se enquadrem nesses taxativos requisitos.

Como se vê, a homotransfobia se enquadra nas categorias-chave do conceito de racismo, em sua **acepção político-social**, enquadram-se no gênero de *racismo* e, assim, no crime de *discriminação por raça* do art. 20 da Lei nº 7.716/89.

E essa adequação não se dá por “analogia”, mas por se enquadrarem no próprio conceito político-social de *raça* e de *racismo*, logo, por interpretação literal/declarativa do termo legal “raça” e do termo constitucional “racismo”. Uma interpretação que se enquadra no *limite do teor literal* (Roxin) da *moldura normativa* (Kelsen) respectiva, portanto.

Por isso, importante salientar que não se trata de “analogia”, porque não se argumenta por “equivalência”, de situações “diferentes, mas idênticas no essencial”. Argumenta-se que nesse conceito político-social de *raça* e *racismo*, a população LGBT e a homotransfobia se enquadram.

Criminalizar por analogia implicaria um específico raciocínio, que dissesse que a homotransfobia “é tão grave quanto o racismo” e, por isso, deveria ser punida da mesma forma, mas não é isso que as ações fazem. Em todos os casos, o fundamento utilizado é que a homotransfobia se enquadra no conceito político-social e constitucional de racismo, já afirmado pelo STF no célebre caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de sorte a se enquadrar no crime de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação por *raça* (art. 20 da Lei 7.716/89), dentro da moldura normativa do limite de seu teor literal, como mencionado.

E não por um “ato arbitrário de vontade”, mas por um conceito já afirmado em precedente histórico do STF e referendado pela literatura antirracismo, lembrando-se que as leis penais desde sempre criminalizaram condutas por *conceitos valorativos*, carentes de concretização interpretativa.

Entendimento contrário ressuscita o anacrônico e irreal “silogismo perfeito”, de Beccaria¹⁸, negando ao Judiciário qualquer labor interpretativo, algo incompatível com a Democracia baseada na tripartição de poderes já mencionada.

Como também já mencionado, a técnica legislativa cria crimes por *conceitos valorativos* (cf.: *ofender a dignidade ou o decoro*,

¹⁸ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

da injúria, e o crime de rixa), bem como os usa como qualificadoras/agravantes ou elementos normativos do tipo (por exemplo, “motivo fútil ou torpe”). A definição de tais conceitos não está na lei penal, ela é feita por doutrina e jurisprudência.

Portanto, no citado conceito de *racismo social* (HC 82.424/RS) enquadram-se, inequivocamente, a homofobia e a transfobia (ou seja, a opressão motivada na orientação sexual ou identidade de gênero da vítima) que será melhor explicado adiante.

4.1 CONTEXTO POLÍTICO-SOCIAL

A literatura negra antirracismo aduz que o racismo não é um conceito vinculado a elementos biológicos, mas é um elemento político-social. Nas palavras da ilustre filósofa Djamila Ribeiro¹⁹, *o racismo é um sistema de opressão social que supõe relações de poder* entre um grupo dominante, detentor de privilégios sociais, e um grupo dominado, socialmente inferiorizado, e não uma mera discriminação isolada. Inclusive essa é a explicação do porquê não existe “racismo reverso”.

Para o escritor Silvio de Almeida²⁰, a “*raça* é um elemento essencialmente político, sem qualquer sentido fora do âmbito socioantropológico, de sorte que a noção de *raça* visa naturalizar desigualdades e justificar a segregação de grupos socialmente minoritários, razão pela qual o *racismo* é uma forma sistemática de discriminação que se manifesta por meio de práticas conscientes e inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo social a que pertencem. O mesmo autor afirma, assim, que o *preconceito racial* é baseado em estereótipos, tendo a discriminação racial como requisito fundamental o *poder*, ou seja, a efetiva possibilidade de uso da força para manutenção de privilégios de um grupo dominante sobre um grupo dominado.

Ademais, Mbembe²¹ afirma que *raça* e *racismo* revelam-se na prática do *alterocídio*, isto é, a constituição do “Outro” não como

¹⁹ RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do Feminismo Negro?** São Paulo: Ed. Letramento, 2018, p. 41.

²⁰ ALMEIDA, Silvio. Op. Cit. p. 20-22.

²¹ MBEMBE, Achille. **Crítica da Razão Negra**. Tradução de Sebastião Nascimento, N1-Edições, 2018, pp. 20-22, 27-28, 42, 53-54, 62 e 72-74.

“semelhante” a si mesmo, mas como “objeto ameaçador”, que caberia destruir ou controlar, sendo que a *raça* foi sempre utilizada como um *dispositivo de poder* criado para designar um ser inferior, como um reflexo sem lógica do “homem ideal”, sendo a lógica da *raça*, na produção de sujeitos raciais, a *bestialização* de grupos considerados “inferiores”, tendo a cultura e a religião assumido o lugar da biologia no tema do racismo.

Assim, aduz o referido doutrinador que a *raça* não tem nenhuma essência, mas caracteriza-se por um *processo perpétuo de poder, movediço em seu conteúdo, visando o racismo substituir aquilo que “é” por uma realidade “diferente”,* de forma necessariamente inferiorizante. Dessa forma, aduz que a *raça* é, portanto, aquilo que permite situar, em meio a categorias abstratas, aqueles que procura *estigmatizar e desqualificar moralmente.*

Nesse sentido, frisa-se que a população LGBT, em geral, sempre foi *desumanizada* e considerada, até mesmo, *indecente*, como supostamente não aptas a controlar seus instintos, consideradas assim longe de um *modelo de pessoa ideal* (heterossexual e cisgênera) que a ideologia de gênero dominante nos padrões e estereótipos culturais e religiosos dominantes na sociedade (a não-heterossexualidade e não-cisgeneridade já foram consideradas *crimes de lesa-majestade* e, até hoje, existem profissionais de saúde que defendem a “cura-gay”).

Para, com isso, serem inferiorizadas relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras, como uma forma de se fabricar uma diferença relativamente a estas maiorias sexuais e de gênero, usada para “justificar” a discriminação estrutural, sistemática, institucional e histórica voltada a desqualificar moralmente, expulsar do convívio familiar ou até internar em hospitais psiquiátricos as minorias afetivas e de gênero, em prol de ideologias normalizadoras do heterossexismo e do cissexismo dominantes. E, até quando mais toleradas, direcionadas a determinadas profissões ou presumidas como detentoras de determinados comportamentos, também por estereótipos culturais.

Afinal, a homofobia decorre de ideologias que pregam que a heterossexualidade seria a única sexualidade “digna”/“válida” de ser vivida e que a cisgeneridade (a auto identificação com o gênero socialmente atribuído ao seu corpo, a pessoas de determinado genital/sexo biológico), seria a única identidade de gênero “aceitável” (“digna”, “válida”, etc.) na vida em sociedade. Logo, são ideologias

ontologicamente racistas, são espécies do gênero racismo, enquanto racismo social.

Na doutrina de Daniel Borrillo²², pela qual a homofobia é a atitude de hostilidade contra homossexuais que prega a supremacia da heterossexualidade sobre a homossexualidade, de forma idêntica ao que o antissemitismo faz contra judeus e a xenofobia contra estrangeiros, de sorte que os comportamentos heterossexuais são (ideologicamente e na prática) afirmados como os únicos merecedores a qualificação de modelo social.

Ora, se o racismo é um conceito político-social, também o é a raça, como mostram as doutrinas supracitadas.

Nesse sentido, o racismo se vincula a elementos fenotípicos ou características físicas, esses seus conceitos de *raça* e *processo de racialização de grupos humanos* abarcam aquilo que, de fato, ocorre com a população LGBT, de sorte que essa se configura, sim, como *grupo racial*, na acepção político-social do termo.

No atual contexto político-social, ao comentar a decisão, o presidente Jair Bolsonaro questionou se “não está na hora de um evangélico no Supremo”, em evento da Assembleia de Deus, em Belém-PA. “O Estado é laico, mas somos cristãos. Respeitamos a maioria e minoria, mas o Brasil é cristão”²³.

O presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), criticou a postura do Supremo de enquadrar a homofobia como racismo por conta própria, sem uma lei sobre o tema.

“A Câmara aprovou a criminalização da homofobia no final de 2006 e o Senado arquivou. Mesmo que o Congresso não tivesse legislado, na minha opinião, não caberia ao Supremo Tribunal Federal criar tipo penal via interpretação”, afirmou Maia, em nota enviada pela assessoria²⁴.

Já o presidente do Senado Federal, [Davi Alcolumbre](#) (DEM-AP), disse que respeita a decisão do Poder Judiciário, “mas não pode aceitar a interpretação de que é omissa”. Ele diz que “se guia pela devido

²² BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, p. 106.

²³ Matéria online disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,sera-que-nao-esta-na-hora-de-um-evangelico-no-supremo-diz-bolsonaro-apos-decisao-sobre-homofobia,70002871131>. Acesso em 04 set. 2019.

²⁴ Matéria online disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/576992-maia-diz-que-brasil-nao-pode-abrir-mao-de-recursos-para-a-amazonia?pagina=855>. Acesso em 04 set. 2019.

respeito à democracia e à pluralidade de opiniões, representadas nos diferentes parlamentares eleitos pelo povo”²⁵.

4.2 DISCUSSÃO COM BASE EM DECISÕES DIVERGENTES

O julgamento das ações teve início em fevereiro de 2019, com 4 votos favoráveis, foi interrompido e retomado no dia 23 de maio do mesmo ano. A retomada do julgamento ocorreu um dia depois de o Senado voltar a discutir o assunto. O Ministro Dias Toffoli, presidente do STF, a pedido da bancada evangélica, tentou adiar a ação e esperar o posicionamento do Senado. No entanto a maioria do Pleno decidiu por manter julgamento.

Antes da histórica decisão, quando havia uma ocorrência envolvendo agressão contra homossexuais, o caso era tratado como lesão corporal (art. 129, do Código Penal), ofensa moral (injúria, calúnia ou difamação) ou tentativa de homicídio.

O jurista Wallace Corbo questiona a decisão tomada pelo STF, expondo que o conceito de *racismo social* seria problemático, por supostamente criar a figura do “racismo sem raça”. Entende que isso implicaria “apagar o negro da Constituição”, “apagando” a história das “vidas perdidas e sangue preto derramado pela liberdade e pelo reconhecimento constitucional” de suas lutas e reivindicações.

Diz, ainda, que o conceito de “racismo social” seria “desnecessário”, porque se confundiria com o de “discriminação institucional”, que “significa precisamente a existência de estruturas que geram opressão, dominação e negação de direitos de grupos marginalizados em uma sociedade”. Cita, ainda, tradicionais acusações contra as ações, de que o STF estaria ilegitimamente “tipificando crimes” ou “julgando por analogia”.

Contrariamente, o advogado Paulo Iotti²⁶ afirma a incorreta e simplista tese de não haver “mandado de criminalização” que incida pelo

²⁵ Matéria online disponível em: <http://oempallador.com.br/stf-criminaliza-homofobia-mas-faz-ressalva-quanto-a-liberdade-religiosa/>. Acesso em 04 set. 2019.

²⁶ Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP e especialista em Direito da Diversidade Sexual e de Gênero e em Direito Homoafetivo. É membro da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB-SP, diretor-jurídico do SEMEAR Diversidade e diretor-presidente do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero (GADvS).

“fato de que a [CF] não elenca a LGBTfobia como bem jurídico a ser protegido penalmente” também porque ela se enquadra nos mandados de criminalização relativos ao racismo (artigo 5º, XLII) e à repressão a todas as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, XLI — que está na parte penal do artigo 5º e demanda proteção penal quando incide a proibição de proteção insuficiente (princípio da proporcionalidade), sendo que o STF citou precedente pretérito nesse sentido (HC 104.410/RS).

O jurista Rogério Leal²⁷ também defende que seria equivocado falar que o Código Penal é suficiente para coibir a homotransfobia, pois as condutas de *discriminar alguém* e praticar *discursos de ódio* não são punidas por ele, só pelo art. 20 da Lei 7.716/89. O crime de *constrangimento ilegal* exige violência ou grave ameaça, não abarca qualquer discriminação. Os crimes de *injúria e difamação* supõem vítimas individualizadas, não ofensas a grupos sociais e coletividades. Tais condutas são punidas penalmente apenas pelo art. 20 da Lei Antirracismo, pelo crime de “*praticar, induzir ou incitar o preconceito ou a discriminação*” por raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Descabido dizer que o STF poderia “dar [outra] interpretação equivocada e criminalizar outros comportamentos”. Ora, partiu-se de *conceito estrito* de racismo, à luz da contemporânea literatura antirracista, de precedentes do próprio STF na definição de “raça” e “racismo” e de conceito de discriminação racial de tratado internacional. Afinal, a lei precisa conter algum conceito positivado para permitir a interpretação judicial: se a interpretação se enquadra na *moldura normativa do limite do teor literal*, a responsabilidade é do Legislativo, que aprovou o texto normativo.

Mas afirmar a homotransfobia como crime de racismo, ainda nas palavras de IOTTI, *nem de longe* abre um tal precedente, dados os pressupostos da tese (ordem *constitucional* de legislar, existência de conceito valorativo *positivado na lei* e conceito *estrito* de racismo, conforme supra).

Portanto, é decepcionante ver juristas de qualidade criticando a decisão sem se dignarem a enfrentar seus fundamentos concretos, que

²⁷ Rogério Gesta Leal, in <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniaio-lgbtqfobia-nao-racismo-enquanto>>.

tornam a decisão coerente consigo mesma (coerência interna) e com o Direito (coerência externa).

Nenhuma das críticas se digna a enfrentar esse conceito de racismo. Aparentemente por puro senso comum, quando muito dizem que os termos “raça” e “racismo” não abarcariam a população LGBTI+ e a homotransfobia²⁸, sem se dignarem a dizer o que entendem por uma coisa ou outra. Pregam uma diferenciação, mas não explicam sua pertinência lógico-racional, como exige o princípio da isonomia, ao impor o ônus de argumentação a quem defende o tratamento diferenciado (conforme Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais).

Configura arbitrariedade (e desrespeito) afirmar que o STF teria feito “ilusionismo”²⁹ na interpretação de tipo penal.

Descabido falar que se teria “interpretado extensivamente” tipo penal³⁰ ou “legislado” em tal decisão³¹. Afinal, o STF partiu do conceito de *racismo* para afirmar que o crime *positivado* de discriminação *por raça* abarca a homotransfobia.

Descabido falar que haveria violação da teoria do *Direito Penal Mínimo*, pois, ela traz um critério *qualitativo*, sobre o que pode ser crime, não *quantitativo*, proibitivo de novos crimes.

Com isso, não se quer cair no erro de achar que a criminalização seria a “panaceia de todos os males”, mas ser coerente com o pressuposto da teoria minimalista, que legitima a criminalização quando atendidos seus critérios.

A decisão do STF, considerada histórica por integrantes da Corte, servirá de baliza para orientar decisões judiciais nas diversas instâncias do País. Ao todo, o Tribunal dedicou seis sessões plenárias para discutir o tema, no julgamento mais longo ocorrido até aqui durante a presidência do Ministro [Dias Toffoli](#), que assumiu o comando da Corte em setembro de 2018.

²⁸ Streck, Sarlet, Clève, Coutinho e Pansieri, in <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>>. Artigo que foram refutadas as referidas alegações em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>.

²⁹ Gustavo Badaró, in <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legacidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>>.

³⁰ João Paulo Martinelli, in <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml>>.

³¹ Leonardo Yarochevsky, in <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>>.

A discussão sobre a criminalização da homofobia provocou algumas divergências dentro da Corte. Dos 11 ministros, 10 votaram para declarar omissão do Congresso Nacional ao não ter aprovado até hoje uma lei sobre o tema – o único voto contrário nesse sentido foi o do ministro [Marco Aurélio](#).

Quanto à criminalização, 8 magistrados votaram para que as condutas homofóbicas e transfóbicas sejam enquadradas como racismo – discordaram desse segundo ponto Toffoli, Marco Aurélio e [Ricardo Lewandowski](#).

Ao abrir uma divergência parcial dos colegas, Lewandowski disse que causa “repugnância” as condutas preconceituosas de qualquer tipo, mas observou que apenas o Congresso Nacional poderia criminalizar a homofobia. “A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta”, afirmou.

“O bom seria que não tivéssemos de enfrentar esse tema em pleno Século XXI, no ano de 2019”, disse Toffoli, ao dar o último voto na sessão.

4.3 DIREITO COMPARADO E PRECEDENTES

O que a doutrina chama de *direito comparado* refere-se um estudo comparativo entre as diferenças e as semelhanças entre “os direitos” de diferentes jurisdições.

Conceitua-se³² como que “o direito comparado, essencialmente, é apenas um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes, entre distintos sistemas jurídicos, a ser utilizado pelo intérprete como um recurso a mais para aprimorar o trabalho hermenêutico”.

Esse “ramo do direito” constitui-se, pois, em técnica ou método interpretativo, aplicável a qualquer área do direito, a fim de ajudar no entendimento de algum instituto jurídico, ou mesmo a fim de servir para a formação de novas normas jurídicas.

Cinquenta anos após a rebelião de *Stonewall*, a Associação Internacional de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais

³² COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**: o que são, para que servem, como se aplicam. Caderno Virtual, Brasília, vol. 2. n. 8, 2004, p. 11.

(ILGA, na sigla em inglês) divulgou seu relatório sobre os números da homotransfobia no mundo.

O corrente estudo busca observar o tratamento jurídico dado às condutas homotransfóbicas em alguns países de democracia ocidental. Todos os dados foram extraídos do relatório *State-Sponsored Homophobia*, 2017.

Em outubro de 2018 a Suíça criminalizou a homofobia, traçando paralelo com ofensas racistas. A lei prevê prisão de, no mínimo, 3 anos para infratores.

Nos Estados Unidos uma lei em vigor desde 2009 combate a discriminação por orientação sexual, inspirada no caso de Mathew Shepard, morto em 1998 por ser gay.

Na Colômbia, desde 2011, o Código Penal prevê como atos de racismo os que “arbitrariamente” impeçam ou restrinjam o exercício de direitos da pessoa por seu sexo ou orientação sexual”, com “prisão de 12 a 36 meses e multa de 10 a 15 salários mínimos”.

As Constituições do Reino Unido e do Equador garantem explicitamente a igualdade entre os cidadãos com base em sua orientação sexual e identidade de gênero.

Ademais, existem 72 países-membros das Nações Unidas com leis para proteger LGBTs de discriminação no trabalho; somente 26 reconhecem o casamento entre pessoas do mesmo sexo e 28 têm leis de adoção conjunta, enquanto 30 Estados permitem a adoção de um segundo genitor do mesmo sexo.

Setenta estados membros da ONU continuam a criminalizar atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (68 através de disposições explícitas da lei, 2 de fato).

A pena de morte para atos sexuais consensuais entre pessoas do mesmo sexo é imposta em 6 Estados Membros da ONU. Em 4 deles (Irã, Arábia Saudita, Iêmen, Sudão) aplica-se em todo o Estado; em 2 (Somália, Nigéria) aplica-se apenas em províncias específicas. Existem cinco outros Estados (Paquistão, Afeganistão, Emirados Árabes Unidos, Catar e Maurítânia), onde essa penalidade ainda é possível.

Leis de 32 Estados restringem a liberdade de expressão em questões de orientação sexual e identidade de gênero. Enquanto em 41 Estados existe imposição de barreiras à formação, estabelecimento ou registro de ONGs relacionadas à orientação sexual não-heterossexual.

Por outro lado, só nove Estados contêm disposições constitucionais que especificam a orientação sexual em suas proteções contra a discriminação.

Em resumo, em 35% (trina e cinco por cento) dos países é perigoso se identificar como pertencente à comunidade LGBT.

No Brasil, o País onde mais se mata travestis e transexuais, em todo o mundo³³, a expectativa de vida média de uma pessoa transexual é 35 anos³⁴, metade da média nacional.

Relator da ADO nº 26, o ministro [Celso de Mello](#) utilizou um precedente de um caso julgado pelo próprio STF, em 2003. Na ocasião, o Supremo manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger por crime de **racismo** devido à publicação de livros que discriminavam judeus.

Tanto naquela época, quanto agora, o Tribunal avaliou que o racismo é um conceito amplo, de dimensão social, que não se limita a questões de cor ou raça, conforme análise retro.

4.4 RELAÇÃO ENTRE RACISMO E HOMOTRANSFOBIA

Vejamos o *conceito constitucional de racismo*, afirmado pelo Ministro Celso de Mello na tese fruto do julgamento que reconheceu a homotransfobia como tal (ADO 26 e MI 4733):

“O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois 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, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a

³³ Maior número absoluto de assassinatos relatados segundo o periódico *Trans Murder Monitoring/Transgender Europe*. 2016.

³⁴ TGEU. Transgender Europe: Trans Murder Monitoring 2015. TGEU, 8 maio 2015. Disponível em: < <https://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/>>. Acesso em: 02 mar. 2020.

uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”.

Segundo Paulo Iotti, advogado e proponente das ações, há um entendimento do próprio Supremo de que racismo é qualquer ideologia que inferiorize um grupo social em relação a outro. A homofobia seria considerada, portanto, um tipo de racismo sob os aspectos políticos e sociais de raça, e não biológico. O crime de discriminação por raça, previsto na Lei Antirracismo, iria abranger também os de orientação sexual e identidade de gênero.

A legislação sobre racismo prevê penas de um a até cinco anos de reclusão para quem negar emprego, ou impedir acesso ou recusar atendimento em hotel, restaurantes, bares, estabelecimentos comerciais ou impedir o casamento ou convivência familiar e social para pessoas por conta de raça ou cor.

As mesmas penalidades da lei antirracismo devem ser aplicadas para homofobia e transfobia. Portanto, agressor pode ser preso com pena de reclusão de um a cinco anos, mas também poderá cumprir a pena com multa ou prestação de serviço à comunidade. Importante destacar que a lei prevê cumprimento da penalidade alternativa.

5 CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos – oito a favor e três contrários – decidiu enquadrar condutas discriminatórias contra pessoas LGBTs como **racismo**. Dessa forma, os ministros do Supremo entenderam que a legislação sobre racismo, em vigor desde 1989 no País, também deve ser aplicada para quem praticar condutas discriminatórias homofóbicas e transfóbicas, sejam elas disparadas contra a homossexuais, transexuais ou contra heterossexuais que eventualmente sejam identificados pelo agressor como LGBTs.

Percebeu-se, então, que *raça* e *racismo* são conceitos legais a serem concretizados por exegese judicial; existe, como conceito político-social.

A demonstração afetiva e a identidade de gênero das pessoas LGBTs são características em um âmbito social que as fazem ser inferiorizadas de forma estrutural, sistemática e institucional ao longo da história. O tratamento é dado como “vulgar” e “desrespeitoso”, relegadas

a papéis sociais e trabalhos secundários, muitas das vezes, inclusive, se submetendo à prostituição como único modo de sustento financeiro.

Por estarem longe do “modelo” heterossexual cisgênero, são pessoas vistas como inferiores. Enquadram-se, assim, em todos os elementos do racismo, não por “analogia”, mas por precisa identidade conceitual.

As condutas que se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo reconhecido pelo STF (em suma, a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, no contexto de relações de poder social de grupo dominante relativamente a grupo dominado) merecerão esse qualificativo.

O reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo não viola o *princípio da legalidade penal estrita*, por ser subsumível a tipo penal já previsto em lei (art. 20 da Lei 7.716/89), e que se respeita a *legalidade penal formal* (lei escrita), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo, referendado por precedente histórico do STF (HC 82.424/RS) e pela literatura negra antirracismo. Inexiste violação ao princípio da taxatividade, pois admite-se a criminalização por “conceitos valorativos”.

Isso mostra que o STF respeitou a *legalidade penal substancial*, relativa aos princípios da taxatividade e anterioridade (lei certa, estrita e prévia), pois modulados os efeitos da decisão.

Nesse sentido, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, cujo objetivo era caracterizar condutas homotransfóbicas – definidas pelo preconceito contra o público LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis) iniciado em fevereiro deste ano – é um avanço no sentido de que força o Estado Brasileiro a reconhecer a existência da LGBTfobia como crime de ódio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvío. **O que é racismo estrutural**, Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2018, pp. 15-16 e 38-39.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

BADARÓ, Gustavo. *in* <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legacidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>>.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 3ª edição. Tradução de Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa; revisão de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia. História e crítica de um preconceito**. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira, Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2000, pp. 13-14, 15-16, 22, 31-32 e 106.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Peça eletrônica 146: último anexo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Íntegra da tese. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/tesesADO26.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC n.º 82.424-2/RS**, confirmação de voto do Ministro Nelson Jobim, p. 04. Vide *Réplica ao Senado na ADO 26 (petição eletrônica nº 47)*, p. 10.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**: o que são, para que servem, como se aplicam. Caderno Virtual, Brasília, vol. 2. n. 8, 2004, p. 11.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

LEAL, Rogério Gesta. **LGBTfobia não é crime de racismo, por enquanto!** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-09/opiniao-lgbtfobia-nao-racismo-enquanto>>. Acesso em 20 ago. 2019.

MARTINELLI, João Paulo. **Ampliação de lei para incluir homofobia é abuso de autoridade**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/ampliacao-de-lei-para-incluir-homofobia-e-abuso-de-autoridade.shtml>>. Acesso em 21 ago. 2019.

MBEMBE, Achille. **Crítica da Razão Negra**. Tradução de Sebastião Nascimento, N1-Edições, 2018, pp. 20-22, 27-28, 42, 53-54, 62 e 72-74.

MENDOS, Lucas Ramón. **State-sponsored Homophobia**. 13ª ed. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA). Wellington – FL. 20 de março de 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 407

RIBEIRO, Djamilia. **Quem tem medo do Feminismo Negro?** São Paulo: Ed. Letramento, 2018, p. 41.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação.** Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, pp. 113, 114, 118, 119, 120, 122, 128-129 e 131-134.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 465.

SOARES, Dilmanoel Araújo de. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social.** Dissertação (Mestrado em direito das políticas públicas) - Centro Universitário de Brasília, UniCEUB, Brasil. 2010, p. 64/66.

STRECK, SARLET, CLÈVE, COUTINHO E PANSIERI. **Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito> >. Acesso em: 30 ago. 2019.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O Mandado de Injunção e a criminalização de condutas.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-ago-26/paulo-iotti-mandado-injuncao-criminalizacao-condutas>>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. **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?fbclid=IwAR2SX_WGpFV02vxoY6fXH-xjTBZNDLbYIdwPli_2GyUPisZgPIN9JueEKYk#author>. Acesso em 30 ago. 2019.

_____. **Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado.** Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019> >. Acesso em: 05 set. 2019.

YAROCHEWSKY, Leonardo. **Não cabe ao Supremo criminalizar homofobia, diz advogado criminalista.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>>. Acesso em 15 ago. 2019.