

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBT+:

Perspectivas sobre e a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal no MI nº 4.733 e na
ADO nº 26.

LUCAS DOS SANTOS OLIVEIRA

Rio de Janeiro

2020.2

LUCAS DOS SANTOS OLIVEIRA

A PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBT+: Perspectivas sobre e a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal no MI n° 4.733 e na ADO n° 26.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Rio de Janeiro

2020.2

CIP - Catalogação na Publicação

0048p Oliveira, Lucas dos Santos
A proteção penal dos direitos das pessoas LGBT+:
perspectivas sobre e a partir das decisões do
Supremo Tribunal Federal no MI n° 4.733 e na ADO n°
26. / Lucas dos Santos Oliveira. -- Rio de Janeiro,
2021.
102 f.

Orientadora: Cristiane Brandão Augusto Mérida.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito Penal. 2. Princípio da Legalidade. 3.
Criminalização da homofobia. 4. Transfobia. 5.
Supremo Tribunal Federal. I. Mérida, Cristiane
Brandão Augusto, orient. II. Título.

LUCAS DOS SANTOS OLIVEIRA

A PROTEÇÃO PENAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS LGBT+: Perspectivas sobre e a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal no MI nº 4.733 e na ADO nº 26

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Data de Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Para Marco Antônio,
in memoriam.

AGRADECIMENTOS

A entrega da monografia é um momento agrídoce. Elaborar um trabalho exige dedicação, tempo e esforço, e, por isso, finalizá-lo traz uma sensação de dever cumprido e orgulho. Simultaneamente, o término do trabalho também simboliza o fim da minha passagem pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, instituição da qual tanto me orgulho. Sou muito feliz por todas as oportunidades que a FND me proporcionou nesses últimos cinco anos e meio, e tenho certeza de que sempre lembrarei dos meus tempos de discente ali com um sorriso no rosto e um aperto no peito de saudade.

E justamente porque esse ciclo está terminando, quero começar meus agradecimentos por onde ele começou: minha família. Agradeço ao meu pai, Marcos, por todo o apoio incondicional e à minha mãe, Mônica, por ser, ao longo de toda a minha vida, o meu porto seguro. Agradeço ao meu avô, Marco, *in memoriam*, pela confiança arrebatadora que sempre teve em mim, às minhas avós Catarina e Zezé, pelo afeto diário e pelo colo e à minha tia Tatiana, que sempre torceu por mim, desde que eu era um bebê.

Gostaria de agradecer também aos professores tão dedicados da FND. Em especial, agradeço à Professora Mariana de Assis Brasil Weigert, minha professora de Direito Penal I em 2016, responsável por despertar em mim a paixão e a curiosidade pelas ciências criminais; à Professora Luciana Boiteux, com quem tive a honra de aprender muito no período em que fui seu monitor em 2017; e à Professora Cristiane Brandão, minha orientadora nesse trabalho, cujo apoio intelectual e brilhante orientação foi imprescindível para que eu conseguisse finalizar essa monografia.

Agradeço, também, às amigas e aos amigos da FND, por terem alegrado todos os meus dias. Nunca vou esquecer das nossas conversas na varanda, no vão central e no corredor do segundo andar, das nossas tardes no Manel e dos nossos almoços no Caubi. Agradeço, em especial, ao Bernardo, pela nossa amizade, sincronia e companheirismo e ao Vitor, amigo com quem dividi todos os pontos altos e baixos desses últimos cinco anos, e com quem espero continuar dividindo, daqui à eternidade.

Agradeço ao Gabriel, por me lembrar, todos os dias, das maravilhas do amor. Esse trabalho fala, em grande medida, sobre as dificuldades e obstáculos que as pessoas LGBTQ+ enfrentam no Brasil, especificamente na atual conjuntura. Ter você ao meu lado nesses últimos três anos vem tornando tudo mais fácil.

Por fim, essa monografia é, inarredavelmente, dedicada a todos aqueles que algum dia já sofreram qualquer tipo de violência em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero,

isto é, em razão de serem quem são. Essa é uma dor que conheço bem. Acima de tudo, quero prestar minhas homenagens e meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que, demonstrando inigualável bravura, usaram (e aqueles que ainda usam) suas vozes para lutar contra a opressão LGBTQIA+fóbica. Marsha P. Johnson. Jean Wyllys. Viviany Beleboni. Marielle Franco. Presentes, hoje e sempre.

RESUMO

O presente trabalho busca estudar a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos do Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que, em Plenário, no dia 13 junho de 2019, colmatou omissão legislativa e criminalizou a discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, firmando entendimento de que atos homotransfóbicos são atos racistas, por identidade conceitual, resgatando o conceito de racismo social firmado pela Corte no Habeas Corpus nº 82.424/RS. Para realizar o estudo do precedente vinculante, fez-se necessário, em um primeiro momento, resgatar o panorama da homotransfobia no Brasil nos anos anteriores à decisão, compreendendo os antecedentes que culminaram à propositura das ações constitucionais. Nesse momento, foi possível constatar notória omissão legislativa no tocante às demandas da população LGBT+, o que se guarda relação de causa/consequência com a decisão do Supremo Tribunal Federal. No tocante ao estudo do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade que compõem o “caso da homofobia” (como veio a ficar conhecido, socialmente, o julgamento) foi realizada breve análise do papel desempenhado por cada um dos atores processuais, e também analisou-se, a fundo, duas questões penais controversas enfrentadas pela Corte, quanto a existência de mandados de criminalização da homotransfobia e quanto a (não) violação do princípio da legalidade. Finalmente, no último capítulo, é realizado novo panorama da homotransfobia no Brasil, para analisar os impactos da decisão nessa forma de violência, com enfoque especial na tutela oferecida pela Lei nº 7.716/1989 (Lei Antirracismo) e na possibilidade de se pensar em dialogar com o direito penal para garantir proteção às pessoas LGBTQIA+.

Palavras-chaves: Direito penal. Princípio da legalidade. Criminalização da homofobia. Transfobia. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This research seeks to study the historic decision issued by the majority of the members of the Federal Supreme Court on the case files of the Writ of Injunction no. 4,733 and of the Direct Action of Unconstitutionality due to Omission no. 26, which, on June 13th, 2019, solved a legislative omission and criminalized discriminatory acts based on sexual orientation and gender identity, setting forth an understanding that homophobic and transphobic acts are racist acts, by conceptual identity, rescuing the concept of social racism previously set by the Supreme Court on the writ of Habeas Corpus no. 82.424/RS. In order to carry out the study of this binding, new precedent, it was necessary, at first, to establish the panorama of homophobia and transphobia in Brazil in the years prior to the decision, understanding the precursory events that culminated in the proposition of these actions before the Constitutional court. At that time, it was possible to observe a notable legislative omission regarding the demands of the LGBT+ community, which holds a cause-effect relationship with the decision issued the Federal Supreme Court. Concerning the specific study of the Writ of Injunction no. 4,733 and of the Direct Action of Unconstitutionality due to Omission no. 26, a brief analysis of the role played by each of the parties on these actions was carried out. Furthermore, two controversial criminal issues addressed by the Court were analyzed in depth, regarding the existence or not of constitutional precepts for the criminalization of homophobia and transphobia and the (non) violation of the principle of legality. Finally, in the fourth chapter, a new panorama of homophobia and transphobia in Brazil is carried, intending, this time around, to analyze the impacts of the Supreme Court's decision on this form of violence, with a special focus on the protection offered by Law No. 7.716/1989 (Anti-Racism Law) and the benefits of thinking about dialoguing with criminal law to guarantee protection for LGBTQIA + people.

Keywords: Criminal law. Principle of legality. Criminalization. Homophobia. Transphobia.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABGLT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
AGU	Advocacia-Geral da União
ANTRA	Associação Nacional de Travestis e Transexuais
CF/88	Constituição Federal da República de 1988
Código Penal	Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940
Código de Processo Penal	Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
GGB	Grupo Gay da Bahia
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Lei Antirracismo	Lei nº 7.716/1989 de 5 de janeiro de 1989
MI	Mandado de Injunção
MPF	Ministério Público Federal
PGR	Procuradoria-Geral da República
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Entidades a favor da criminalização da homotransfobia.....	41
Tabela 2 – Entidades contrárias à criminalização da homotransfobia.....	42

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. PANORAMA DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAMINHO ATÉ A CRIMINALIZAÇÃO	17
1.1. CONCEITUAÇÕES INICIAIS EM UMA ERA DE “VIOLÊNCIA CONCEITUAL”	17
1.2. DADOS DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: A “BANALIDADE DO MAL HOMOTRANSFÓBICO”	23
1.3. A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NA TUTELA DE GRUPOS VULNERÁVEIS NA E O “DÉFICIT DEMOCRÁTICO” QUANTO À QUESTÃO LGBT+.....	26
1.4. A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA POPULAÇÃO LGBT+	30
2. TRAMITAÇÃO, PRINCIPAIS ASPECTOS E JULGAMENTO NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26.....	33
2.1. BREVES ESCLARECIMENTOS PROCEDIMENTAIS	35
2.2. ATORES PROCESSUAIS: ENTRE APOIADORES E OS OPOSITORES USUAIS	39
2.3. CONCLUSÃO DE JULGAMENTO E TESE FIXADA.....	45
3. QUESTÕES PENAIIS EM PAUTA NO JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA	48
3.1. EXISTE UM DEVER CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA?.....	48
3.2. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIOLOU O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE?.....	53
3.2.1. Funções do princípio da legalidade	53
3.2.2. “Morte” do princípio da legalidade? Críticas doutrinárias à “criminalização” da homofobia pelo STF.....	58
3.2.3. O discurso vencedor no Supremo Tribunal Federal: uma defesa da legalidade	61
4. (NOVO) PANORAMA DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES APÓS A CRIMINALIZAÇÃO	71
4.1. A LEI Nº 7.716/1989: QUESTÕES A PARTIR DA “NOVA” LEI DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS LGBT+.....	71
4.2. (IN)APTIDÃO DO SISTEMA PENAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS LGBT+	79
4.2.1. Uma análise em abstrato: funções do direito penal e a viabilidade de se falar em um “direito penal dos vulneráveis”	79
4.2.2. Uma análise em concreto: os riscos da criminalização secundária, revitimização e a questão sub judice da injúria racial	87

4.3. REFLEXÕES PARA O FUTURO: A DECISÃO DO STF COMO UM PONTO DE PARTIDA, E NÃO DE CHEGADA	92
CONCLUSÃO.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

INTRODUÇÃO

“Não consigo entender’, diz jovem esfaqueado 17 vezes em ataque homofóbico no DF.

[Um jovem] de 23 anos traz no corpo as marcas da violência. No dia 7 de outubro, ele foi esfaqueado 17 vezes por cerca de dez pessoas na saída de uma festa em Brazlândia, no Distrito Federal. Segundo o rapaz, o ataque foi motivado por homofobia. ‘Durante todo o tempo em que me espancavam, eles gritavam que era menos um homossexual. Eu vou falar homossexual para não ser tão baixo quanto as coisas que eles dizem’, afirma.

O rapaz, que ficou oito dias internado em um hospital para se recuperar dos ferimentos, afirma que teme pela própria vida e que os suspeitos chegaram a rondar a unidade de saúde enquanto ele esteve no local. ‘É um trauma. Eu não consigo dormir, não consigo sair na rua. Eu não sei explicar pra você o que eu sinto, o que passa pela minha cabeça. Como podem tripudiar o ódio dessa forma? Eu não consigo entender. Estou aqui para mostrar para muita gente que a homofobia mata.’”¹.

Dados do Grupo Gay da Bahia apontam que entre os anos 2000 e 2019, ocorreram 4.809 assassinatos violentos de pessoas LGBTQ+. Crimes como homicídios e lesões corporais, como a noticiada no trecho de abertura deste trabalho, representam a faceta mais visível da homofobia e transfobia, entendidos, aqui, como a discriminação em razão das mais diversas orientações sexuais e identidades de gênero. Porém, não se pode reduzir a homotransfobia somente a sua face mais brutal e visível. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de processo excludente que permeia todas as relações sociais, e se faz presente nas escolas e universidades, nos ambientes de trabalho e nos ambientes de lazer, públicos e privados, e sobretudo, nos lares. Sem sombra de dúvidas, falar em homotransfobia significa falar em um “conceito polissêmico para um fenômeno plural”², fenômeno esse que, no Brasil, parece mostrar a pior de suas caras³.

¹ O fato ocorreu em outubro de 2019, conforme noticiado pelo G1. Disponível em < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/10/31/nao-consigo-entender-diz-jovem-esfaqueado-17-vezes-em-ataque-homofobico-no-df.ghtml>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

² MASSIERO, Clara Moura. O movimento LGBTQ+ e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. 167 p. p. 23.

³ Os dados da homotransfobia no Brasil são apresentados com maior riqueza de detalhes no ponto 1.2. do presente trabalho. Vale registrar, todavia, que o país é considerado líder mundial em assassinatos de pessoas trans.

Nesse cenário de violação generalizada de direitos fundamentais, a resistência do movimento social LGBTQ+ se mostrou essencial na conquista e efetivação de direitos para essa população. Os esforços da militância encontraram apoio no Supremo Tribunal Federal que vem, paulatinamente, construindo uma jurisprudência favorável às minorias de orientação sexual e identidade de gênero, processo cujo início se deu em 2011, com o reconhecimento da união estável homoafetiva na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, e que está em curso até o presente momento, dadas as recentes decisões que vem declarando a inconstitucionalidade de projetos semelhantes ao “Escola sem Partido” e o entendimento consagrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543 que autorizou a doação de sangue por homens homossexuais.

Do contexto acima identificado, pode-se extrair duas conclusões. Em primeiro lugar, nota-se que *todas* as conquistas da população LGBTQ+ na última década advieram do Poder Judiciário, notadamente através do Supremo Tribunal Federal, o que aponta para uma inércia do Poder Legislativo frente às demandas deste segmento, um fenômeno constatado nesse trabalho e apelidado de “déficit democrático”. A segunda conclusão que se extrai é que todas essas conquistas se deram na seara cível e/ou administrativa, de maneira que uma das principais demandas do movimento LGBTQ+, qual seja, a de criminalização da homotransfobia permaneceu, durante muito tempo, sem qualquer resposta.

Foi diante do silêncio legislativo e do reiterado fracasso dos projetos de lei que pautavam a criminalização da homotransfobia, muito em parte por conta de uma atuação coordenada de setores conservadores no Congresso Nacional, que, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, ajuizou o Mandado de Injunção nº 4733 em face do Congresso Nacional. A seguir, em 2013, o partido político Cidadania (à época, Partido Popular Socialista – PPS), ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Ambas as ações tinham como intuito ver a homotransfobia criminalizada através do reconhecimento de que tal forma de opressão é espécie do gênero racismo, entendido este de acordo com a noção de racismo social, estipulada pelo STF em precedentes anteriores. O pedido restou acolhido, em parte, pelo Supremo Tribunal Federal, que, em junho de 2019, enquadrou a homotransfobia como espécie do gênero racismo, estendendo-lhe a proteção da Lei nº 7.716/1989, a Lei Antirracismo.

Agora, menos de dois anos depois da histórica decisão, o presente trabalho busca estudar o raciocínio realizado pelo STF quando da criminalização penal, mormente no que tange às questões penais que suscitaram críticas. Ao mesmo tempo, a monografia também tem o intuito de investigar que impactos para a comunidade LGBTQ+ a decisão do STF pode ter, indagando-se, em última análise, se é possível falar em uma proteção penal das pessoas LGBTQ+. O objetivo, portanto, não é tão somente o de analisar as decisões proferidas pela Suprema Corte, mas de fazê-lo em cotejo com o contexto social, com a dogmática do direito penal, com a criminologia crítica e com os direitos humanos.

Para tanto, o trabalho divide-se em quatro capítulos. No primeiro capítulo, traça-se breve panorama da homotransfobia no Brasil anteriormente à decisão, com apresentação de conceitos, dados, e das principais problemáticas que culminaram na decisão de junho de 2019. Os capítulos dois e três se debruçam sobre as ações constitucionais, visando entender quem foram os atores processuais, o que defendiam, e, efetivamente, enfrentar as questões penais que mais geraram controvérsia quando da publicação dos votos dos Ministros: (i) a existência, ou não, de mandados de criminalização da homotransfobia na Constituição Federal de 1988; e (ii) a violação, ou não, do princípio da legalidade em matéria penal. A partir das conclusões extraídas do julgamento, a análise retorna ao social para traçar um novo panorama da homotransfobia no Brasil, agora após a decisão que criminalizou a homotransfobia, buscando entender o funcionamento da pouco comentada Lei nº 7.716/1989 e de que maneira poderão as pessoas LGBTQ+ se valer do seu estatuto protetivo. De igual maneira, averigua-se, também, como o sistema penal, histórico instrumento de perseguição de minorias, pode se apresentar como um aliado no combate a homotransfobia.

1. PANORAMA DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CAMINHO ATÉ A CRIMINALIZAÇÃO

1.1. CONCEITUAÇÕES INICIAIS EM UMA ERA DE “VIOLÊNCIA CONCEITUAL”

É inegável que, nas últimas décadas, a pauta LGBT+ ganhou proeminência no Brasil, sobretudo no cenário político e social⁴. O que, até idos dos anos 2000, era visto como um tabu, um segredo guardado entre quatro paredes, começou a receber especial destaque nas mídias, sobretudo as digitais e, por conseguinte, no ideário dos brasileiros. São múltiplos os motivos que justificam tal ascensão, podendo-se citar a eleição à Presidência da República, em 2002, de um governo de esquerda que sinalizava preocupação em tutelar interesses de grupos sociais marginalizados; o (ainda em curso) processo de democratização do acesso à internet, que conferiu voz ativa a segmentos historicamente silenciados; e o interesse na inserção desse segmento numa lógica capitalista de consumo, com o surgimento de novas estratégias de marketing especificamente direcionadas à população LGBT+⁵.

Com isso, tem-se que questões inicialmente discutidas no interior do movimento LGBT+ ganham a atenção da sociedade, de forma que pessoas cis e heterossexuais, que até então apatia, passaram a se interessar por discussões concernentes à integração social e aos direitos da população LGBT+. Em paralelo, houve um processo de ascensão política de grupos fundamentalistas religiosos, inclusive na esfera federal de governo, cuja atuação coordenada, sob o pálio da defesa da família e da moral cristã, obstou uma série de projetos e propostas que visavam combater a homofobia, assim como desmistificar e solidificar os conhecimentos acerca da questão LGBT+⁶, bem na esteira de sua popularização. Instaurou-se, enfim, uma verdadeira disputa por discursos sobre o papel da população LGBT+ na sociedade.

⁴ Realizamos breve pesquisa em ferramenta disponibilizada pelo buscador Google e constatamos que, desde 2009, o termo “LGBT+” tem experimentado aumento considerável nas incidências de pesquisa. Outros fatores são responsáveis por essa afirmação: nas últimas duas décadas, passou-se a ter personagens LGBT+ em novelas, participantes LGBT+ em reality shows populares, e cada vez mais pessoas LGBT+ em posição de destaque no cenário do entretenimento nacional. Tudo a indicar que a pauta LGBT+ não é mais um segredo, mas um assunto que permeia o diálogo cultural e político brasileiro. Embora a sociedade não mais consiga efetivamente trancar todas as pessoas LGBT+ em um armário, é preciso deixar claro que a luta por visibilidade permanece constante.

⁵ Essa atuação de marketing, cada vez mais comum entre grandes empresas, foi apelidada, pelo próprio movimento LGBT+, de *pink money*.

⁶ TREVISAN, João Silvério. Devassos no Paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. [São Paulo]: Objetiva, 2018. Edição digital.

Em 2016, tal cenário se agravou ainda mais: no plano internacional, a eleição de Donald Trump à Presidência dos Estados Unidos da América, e, na política interna brasileira, o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff levaram ao fortalecimento de uma direita “perita em fake news e afeita aos métodos sensacionalistas da pós-verdade”⁷, que não hesitava em sinalizar seu desprezo pela comunidade LGBTQ+. O que se seguiu foi um processo de cooptação de conceitos, até então utilizados por setores da esquerda e do movimento LGBTQ+, e a transformação deles em armas contra o próprio movimento⁸.

A estratégia adotada por esses setores conservadores consistiu (e ainda consiste) em promover uma verdadeira inversão de todas as investidas do movimento LGBTQ+. Dessa forma, tentativas de promover educação sexual inclusiva e antidiscriminatória eram automaticamente republicadas como um plano conspiratório para influenciar e aliciar crianças; da mesma maneira, a luta por igualdade de direitos passou a ser reportada como uma busca por privilégios.

Não foram poupados esforços para incutir no ideário social brasileiro a ideia de que existiria “uma conspiração ideologicamente orquestrada para tentar destruir a estrutura tradicional de família”⁹. Não é coincidência que termos como “*kit gay*” e o próprio conceito de “ideologia de gênero” tenham dominado o discurso popular no Brasil em 2018, tornando-se temas centrais para a construção das narrativas do processo eleitoral daquele ano. Pelo contrário: o campo conservador, “com um admirável senso de oportunidade”¹⁰, valeu-se de conceitos anteriormente utilizados pelo movimento LGBTQ+ (e também pelos feminismos e pela teoria queer), invertendo seus significados e usando-os como armas contra a própria população LGBTQ+, sempre com a narrativa de defesa da família tradicional.

Essa atuação coordenada representa uma nova forma de violência contra a população LGBTQ+, identificada por Trevisan como uma “violência de conceitos”¹¹, representa a utilização da população LGBTQ+ “como bode expiatório para grupos ultraconservadores veicularem suas ideias”¹². Um claro exemplo de violência conceitual apontado por Trevisan foi o discurso ao redor da exposição de arte “Queermuseu: Cartografias da Diferença na Arte Brasileira”,

⁷ Idem, edição digital.

⁸ Idem, edição digital.

⁹ Idem, edição digital.

¹⁰ Idem, edição digital.

¹¹ Idem, edição digital.

¹² Idem, edição digital.

ocorrida em Porto Alegre, no ano de 2017. A mostra tinha como intuito ilustrar a diversidade sexual na arte brasileira, mas, com pouquíssimo tempo de exibição, foi alardeada, sem dúvida por conta do discurso insuflador dos setores ultraconservadores, em uma exposição sobre pedofilia e zoofilia. O fim não poderia ter sido diferente: a exposição foi censurada, sendo encerrada muito antes do prazo previsto.

O objeto desta pesquisa, bem como a elaboração do presente trabalho, se situa exatamente no *olho do furacão* deste período histórico, período no qual se verifica a ampla utilização de táticas de “violência conceitual”. É por isso que, antes de mais nada, mostra-se imprescindível realizar, ainda que de forma breve, uma apresentação dos principais conceitos utilizados nesta monografia, não só para auxiliar na compreensão do tema, mas também como forma de retomar, de maneira assertiva, o protagonismo do movimento LGBTQ+ acerca da sua própria gramática.

Dentre todos os possíveis conceitos a serem abordados, mostra-se recomendável iniciar a exposição com o próprio significado da sigla “LGBT+”. Grafada por alguns como LGBTQ+ ou, até mesmo, LGBTQ+T2QQAAP, esta carregada sigla inclui as lésbicas, os gays, os bissexuais, transgêneros, travestis, transsexuais, intersexuais, pessoas *queer* e assexuais, sem qualquer pretensão de que o rol exposto seja considerado taxativo. Trata-se, portanto, de *termo guarda-chuva*, que abarca, qualquer que seja a grafia, todas as minorias de orientação sexual e identidade de gênero.

Neste tocante, é fundamental trazer à baila também os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero. Neste trabalho, o referencial teórico para tais conceitos serão os Princípios de Yogyakarta, que se afiguram como um dos mais importantes documentos de direito internacional a regular “um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero”¹³.

O referido documento refere-se à orientação sexual como a “capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com

¹³ PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 30.10.2020.

essas pessoas”¹⁴. No campo da orientação sexual, é possível realizar uma série de distintas classificações. Assim, o indivíduo do gênero masculino que se relaciona somente com o gênero feminino, e vice-versa, é identificado como heterossexual; aqueles que se relacionam somente com pessoas do mesmo gênero, são identificados como homossexuais – sendo comum se referir aos homens homossexuais como *gays* e às mulheres homossexuais como lésbicas; já aqueles que se relacionam com todos os gêneros são considerados *bissexuais* ou, para determinadas classificações, *pansexuais*. Para além das citadas, diversas outras orientações sexuais podem ser identificadas.

A compreensão do conceito de identidade de gênero, por sua vez, demanda a compreensão dos conceitos de sexo e de gênero. Valendo-nos dos conceitos apresentados pelo Ministro Celso de Mello em seu voto na ADO 26, tem-se que o sexo diz respeito, tão somente, à conformação física e anatômica do indivíduo, isto é, a fatores biológicos: genéticos, gonadais, genitais, dentre outros. Por outro lado, o gênero está intrinsecamente ligado a fatores psicossociais e ao que se entende por masculino e feminino (ou nenhum dos dois). Feito este introito, a identidade de gênero, por sua vez, exsurge como:

“[A] profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos.”¹⁵

Dessa maneira, no tocante à identidade de gênero, é possível distinguir “hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero)”¹⁶. De toda sorte, vale destacar que a Opinião Consultiva nº 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que o critério definidor da identidade de gênero de um determinado indivíduo é a autopercepção. A nosso sentir, o mesmo também pode ser dito sobre a definição da orientação sexual. Como últimas palavras nesse tópico, vale a advertência: a autopercepção enquanto critério definidor da identidade de gênero e da orientação sexual não induz à noção de que é possível ao indivíduo realizar uma escolha entre orientações sexuais e identidades de gênero, visto que, como exposto, trata-se de expressões do

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 05 out. 2020b. p. 44.

íntimo da personalidade, não se tratando de mera opção, como sustenta o discurso conservador. O critério da autopercepção permite apenas afirmar que cabe tão somente ao indivíduo, de acordo com a sua experiência de vida, se identificar com determinada orientação sexual ou identidade de gênero, não podendo o Estado, ou qualquer outro agente, exercer qualquer influência nesse aspecto.

De acordo com o que afirma Junqueira¹⁷, existe um paradigma, arbitrariamente eleito, do que é considerado ou não normal no que tange à orientação sexual e identidade de gênero; esse padrão é, irrefutavelmente, o heterossexual cisgênero, que é tido como a única possibilidade legítima e natural de expressão identitária e sexual. Em outras palavras, a sociedade conservadora espera que os indivíduos, homens e mulheres, não só se identifiquem com o gênero que lhe é aferido ao nascimento, de acordo com seu sexo biológico – cisgêneros, portanto –, mas também se relacionem com pessoas do sexo oposto – e logo, sejam heterossexuais. Todas as expressões desviantes deste padrão integram a população LGBT+.

Há, porém, que se fazer uma ressalva: o presente trabalho não pretende afirmar que a população LGBT+ constitui um todo homogêneo. Pelo contrário, entende-se, na esteira do que afirma Cardinali¹⁸, que a população LGBT+ “congrega diversas identidades e vivências, cada qual com suas pautas, necessidades – e níveis de estigmatização – específicos”. Apesar disso, ainda que se reconheça a generalização como um instrumento de invisibilização de identidades diversas, na medida em que se fala em *minorias*¹⁹, é possível encontrar um ponto de congruência, um elo que une todas as pessoas LGBT+: a experimentação, por todos esses indivíduos, ainda que em níveis diversos, de uma violência histórica e estrutural, a relegá-los a uma condição de *minoria*.

Embora sejam muitas as significações que se possa inferir do vocábulo “minoría”, esta monografia adota o conceito como trabalhado por Mendes Chaves, para quem as minorias são “um grupo de pessoas que, de algum modo e em algum setor das relações sociais, se encontra numa situação de dependência ou desvantagem em relação a um outro grupo, ‘maioritário’,

¹⁷ JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. Estudos Gays: Gêneros e Sexualidades. Vol. 1, nº 1, Rio Grande do Norte, 2007. p. 1-22.

¹⁸ CARDINALI, Daniel. (Im)possibilidades de Acesso à Jurisdição do STF por Movimentos Sociais: Alguns fatores de limitação. PUBLICUM, v. 4, p. 126-177, 2018.

¹⁹ CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. Minorias e seu estudo no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970.

ambos integrando uma sociedade mais ampla [e que] recebem, quase sempre, um tratamento discriminatório por parte da maioria”. Adaptando tal conceito para o escopo do presente trabalho, haveria uma maioria social que se comporia pelo heterossexual cisgênero, e tudo que lhe foge é considerado minoria e, portanto, alvo de discriminação.

Esse “sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual”²⁰, para Daniel Borrillo, chama-se heterossexismo. Propomos, aqui, falar em *cisheterossexismo* ou *cisheteronormatividade*, justamente porque as identidades de gênero *trans* sofrem, não raro, discriminação de maneira muito mais contundente e violenta do que as pessoas *cis*, ainda que de orientação sexual minoritária. Para Borrillo, é esse sistema que dá azo à homofobia, entendida pelo autor como “a consequência psicológica de uma representação social que, pelo fato de outorgar o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomenta o desdém em relação àquelas e àqueles que se afastam do modelo de referência”²¹. Pelos mesmos motivos acima expostos, prefere-se, neste trabalho, falar em *homotransfobia*, em detrimento de somente *homofobia*.

Sobre este conceito central, relembra Junqueira que “o termo ‘homofobia’ é um neologismo cunhado pelo psicólogo clínico George Weinberg [em 1972] (...) para definir sentimentos negativos em relação a homossexuais e às homossexualidades”²² e que, apesar de vir sendo resignificado com o passar dos anos, “o termo possui ainda fortes traços do discurso clínico e medicalizante que lhe deu origem”²³.

A despeito de sua origem na psiquiatria, a melhor acepção do termo é aquela que o associa, sobretudo, “a situações e mecanismos sociais relacionados a preconceitos, discriminações e violências contra homossexuais, bissexuais, e transgêneros, seus comportamentos, aparências e estilos de vida”²⁴. Dessa forma, deposite-se de uma noção técnica de “fobia”, advinda da medicina, para reconhecer a homofobia como um fenômeno atinente a outros campos do saber, como o sociológico, o antropológico e o jurídico.

²⁰ BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2010. p. 23.

²¹ Idem

²² Junqueira, 2007, p. 2-3.

²³ Idem.

²⁴ Idem, p. 6.

Nesse sentido, é conveniente a síntese de Junqueira:

A homofobia passa a ser vista como fator de restrição de direitos de cidadania, como impeditivo à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, aos direitos humanos e, por isso, chega-se a propor a criminalização da homofobia. Abrem-se aí novas frentes de batalhas, fogos cruzados, possibilidades e paradoxos políticos²⁵.

Nota-se, portanto, que a homotransfobia é “um conceito polissêmico [para] um fenômeno plural”²⁶, mas que, nesse trabalho, é percebida, sobretudo, enquanto fator de limitação da plena realização de direitos da população LGBTQ+, pois, como se verá com mais detalhes em próximo tópico, é descomunal o impacto que tem a homotransfobia nos corpos e mentes deste segmento social.

Finalmente, cumpre realizar uma última observação: qualquer menção ao termo “*homofobia*”, neste trabalho, deve ser lida com cautela. Embora, como já adiantado, seja esse o termo que ganhou espaço na gramática popular, outros termos, como *homolesbotransfobia* e *LGBT+fobia* se afiguram como mais representativos da pluralidade de identidades que integram a comunidade vítima da discriminação em comento. Não há, na literatura, uma predileção por um ou outro termo; apenas à título de exemplo, vale mencionar que o STF, por sua vez, prefere se utilizar do termo “*homotransfobia*” ao tratar do assunto.

Em linha com o STF, o presente trabalho, ao se referir à opressão vivida pela população LGBTQ+ se valerá do termo *homotransfobia*, que deve ser lido como um termo guarda-chuva, aglutinador de todas as violências em razão das diversas orientações sexuais e identidades de gênero. Da mesma forma, sem embargo das demais formas gráficas, o trabalho se valerá da sigla LGBTQ+ para representar todas as formas de orientação sexual e identidade de gênero que diverjam da cisheteronormatividade.

1.2. DADOS DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: A “BANALIDADE DO MAL HOMOTRANSFÓBICO”

O Brasil não dispõe, ao menos em nível federal, de regulamentação que facilite a captação de dados sobre as manifestações da homotransfobia, de modo que os dados abaixo apresentados representam apenas uma parcela não quantificável das violências enfrentadas pela população

²⁵ Idem, p. 7.

²⁶ Idem, p. 3.

LGBT+ brasileira, de modo que não se mostra exagerado ou inadequado falar em uma *cifra oculta* da criminalidade homotransfóbica²⁷.

Ante esse dado, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que, apesar de alarmantes, os dados apresentados neste tópico não são representativos da real face da violência enfrentada pela população LGBT+ brasileira. Conforme exposto no Atlas da Violência 2020, editado pelo FBSP e pelo IPEA:

“(...) a escassez de indicadores de violência contra LGBT+QI+ permanece um problema central. [...] Sem esses [indicadores], é difícil mensurar, de forma confiável, a prevalência da violência contra esse segmento da população, o que também dificulta a intervenção do Estado por meio de políticas públicas.”²⁸

Para além disso, outros fatores são responsáveis por dificultar a produção de estatísticas da violência homolesbotransfóbica. No âmbito da segurança pública, por exemplo, é possível apontar o medo ou vergonha da vítima em expor sua identidade de gênero e/ou orientação sexual; a crença de que a denúncia não será registrada devido à inexistência de mecanismos legais que protejam a população LGBT+; o medo da vítima de ser revitimizada pelos operadores de segurança, situação muito comuns nas delegacias, notadamente ante a ausência de delegacias especializadas ou de protocolos centrais para atendimento deste segmento, dentre outros²⁹.

Nesse cenário de descaso institucional no tocante à produção dessa importante estatística, ganham destaque os relatórios produzidos por organizações não governamentais, como o Grupo Gay da Bahia e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais.

O GGB, que vem produzindo relatórios com dados sobre mortes violentas de pessoas LGBT+ desde 1981, veiculou, em relatório produzido em 2019³⁰, que, nos últimos 20 anos, ocorreram 4.809 assassinatos violentos de pessoas LGBT+, sendo 329 no ano de produção do relatório. O pico ocorreu em 2017, com a assustadora marca 445 assassinatos em 2017, o que representa uma pessoa LGBT+ assassinada a cada 20 horas, aproximadamente.

²⁷ Na criminologia, chama-se cifra oculta da criminalidade a diferença entre a criminalidade real e a quantidade de delitos efetivamente identificados e punidos pelas agências penais.

²⁸ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro et al. Atlas da violência 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 24/10/2020.

²⁹ MATOS, Victor Chagas. et. al. Dossie LGBT+ 2018. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT+1.pdf>>. Acesso em: 02/11/2020.

³⁰ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. Mortes violentas de LGBT no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

Conforme dossiê sobre os assassinatos e violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019³¹, elaborado pela ANTRA, no ano em referência, 124 pessoas trans foram assassinadas, sendo 121 travestis e mulheres transexuais e 3 homens trans. Das 124 ocorrências, apenas 11 casos tiveram os suspeitos identificados. Ainda conforme a ANTRA, tal número representa um decréscimo em relação ao ano anterior, 2018³², quando se verificaram 163 assassinatos, com identificação de suspeitos em apenas 15 casos.

No mesmo relatório, a ANTRA revelou dados de uma pesquisa inédita lançada por ocasião do dia 17 de maio, data que marca o Dia Internacional de Combate à LGBT+fobia, que aponta que 99% da população de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais e intersexos não se sente segura no Brasil: das 1.350 pessoas que responderam à pesquisa, que transcorreu virtualmente, apenas 4 relataram sentir-se seguras.

Embora os dados acima apresentados dialoguem com a violência física sofrida pelas pessoas LGBT+, não se pode ignorar que esta é apenas uma faceta da homotransfobia – a mais visível de todas. Visibilidade, esta, que decorre justamente do fato de que tais crimes brutais deixam vestígios, o que não se pode dizer das demais formas de violência imprimidas sobre a comunidade LGBT+, sejam elas psíquicas, emocionais ou intelectuais. Essas se consubstanciam em ofensas, interrupções e exclusões vivenciadas por pessoas LGBT+ diariamente em seus ambientes de trabalho, estudo, lazer, e, notoriamente, em seus lares, e, por isso mesmo, passam ao largo da atenção das instâncias de monitoramento.

Apesar de se compor de uma série de violações indetectáveis, essa vivência diária de microagressões tem um incomensurável e direto impacto na saúde mental das pessoas LGBT+, importando em aumento nos níveis de estresse e diminuição da autoestima³³. Apesar da

³¹ BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, v. 80, 2020.

³² BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim. Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2018. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2019.

³³ Conforme estudo realizado por pesquisadores da Pós-Graduação em Psicologia Social da Universidade Federal da Paraíba (“UFPB”), a maioria das pessoas LGBT+ sofrem microagressões frequentemente. No estudo, foi observado que “quanto maior é a frequência com que experienciam microagressões, mais altos são os níveis de estresse, (...) [e] mais baixos são os níveis de autoestima”. Extraído de notícia disponível no portal da UFPB: <<https://www.ufpb.br/ufpb/contents/noticias/maior-parte-dos-lgbqs-sofre-microagressoes-frequentemente-diz-estudo-da-ufpb>>. Acesso em 02/11/2020.

emergência destes dados, o debate acerca da saúde mental do segmento LGBTQ+ permanece muito incipiente.

Com vistas a aclarar a situação de sofrimento mental que aflige boa parte da comunidade LGBTQ+ no Brasil, o GGB traz em seus relatórios dados sobre suicídios dessas pessoas, levantados, muitas vezes, “através de informação veiculada nas redes sociais de amigos da vítima ou parentes próximos”³⁴. Nesse sentido, é a informação da organização que, entre 2018 e 2019, foram identificados 200 suicídios de membros da comunidade LGBTQ+ no Brasil.

Os dados ora debatidos permitem concluir que o Brasil permanece como um país onde a população LGBTQ+ é hostilizada, sendo denotativos nas palavras do advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, de verdadeira banalidade do mal homotransfóbico, entendido, a partir das lições de Hannah Arendt, como o fenômeno através do qual pessoas comuns acreditam ser detentoras de um pseudo “direito” de discriminar contra indivíduos de orientação sexual diversa, impedindo, dessa forma, a cidadania como o direito a ter direitos das pessoas LGBTQ+³⁵.

Por fim, frise-se que, embora não tenha sido o escopo do presente subtópico, não se pode deixar de mencionar que a violência atinge de formas diferentes os diversos membros da comunidade LGBTQ+, de modo que devem também ser levados em consideração fatores como gênero e raça, que aumentam o grau de *vulnerabilidade* de um determinado indivíduo LGBTQ+.

1.3. A ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NA TUTELA DE GRUPOS VULNERÁVEIS NA E O “DÉFICIT DEMOCRÁTICO” QUANTO À QUESTÃO LGBTQ+.

Os dados da violência contra a comunidade LGBTQ+ supra expostos autorizam concluir que, no Brasil, tal população se encontra em um cenário de constante violação de seus direitos humanos, a atrair a incidência do conceito de vulnerabilidade, muito presente na gramática deste ramo do direito.

³⁴ OLIVEIRA; MOTT, *op. cit.*, p. 75

³⁵ O conceito de banalidade do mal homotransfóbico aqui apresentado foi desenvolvido pelo advogado Paulo Roberto Iotti Vecchiatti nas petições iniciais no Mandado de Injunção nº 4.733 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26.

Como explica Daniela Ramos Lima Barreto³⁶, a partir da década de 1990, com o reconhecimento do direito humano à diversidade, surgiu um movimento preocupado em identificar, nomear e distinguir os mais diversos grupos titulares dos direitos humanos, tendo se verificado, todavia, que o processo de reconhecimento, titularidade e gozo desses direitos não era homogêneo entre os grupos, a constatar a vulnerabilidade de alguns em face de outros.

Em síntese, conclui Barreto que:

Paradoxalmente, no momento em que se logrou o reconhecimento de direitos do homem em toda a sua especificidade e diversidade, também se verificou que esta mesma diversidade e especificidade, frequentemente, é utilizada como fator justificador de desigualdades e injustiças³⁷.

Nesse cenário, a gramática dos direitos humanos adotou o conceito de vulnerabilidade para denunciar uma “situação que aflige segmentos sociais, determinando-lhe precariedade material, fragilidade, ausência ou violação de direitos, e pouca estima social”³⁸. A título de exemplo, podem ser citados como grupos vulneráveis as mulheres – sobretudo as que se encontram em situação de violência doméstica –, crianças e adolescentes, idosos, negros, pessoas em situação de rua, pessoas com deficiência ou sofrimento mental, e, é claro, a própria comunidade LGBTQ+.

É comum que os membros de grupos vulneráveis se organizem em movimentos sociais, de forma a coordenar atuações reivindicatórias dos direitos básicos que lhes são cotidianamente negados. Foi somente através dessa atuação de resistência que direitos fundamentais indispensáveis foram conquistados, como, por exemplo, o direito ao voto pelas mulheres, fruto da luta do movimento feminista, e a despatologização da homossexualidade.

Ocorre que, nas últimas décadas, vem se notando um processo, iniciado pelos próprios movimentos sociais, de busca pela afirmação de direitos através do sistema penal – isto é, procura-se criminalizar a discriminação contra grupos vulneráveis com o intuito de protegê-los desta discriminação. Como resultado desse processo, pode-se citar algumas legislações das

³⁶ BARRETO, Daniela Ramos Lima. Direito Penal dos Vulneráveis: uma análise crítica da busca de reconhecimento por meio do direito penal. 2013. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013. p. 70-74.

³⁷ Idem, p. 74.

³⁸ Hoje, já se pode falar, inclusive, em um ramo dos direitos humanos que se ocupa, tão somente, dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade. Este ramo se preocupa com o estudo de violências de gênero, do racismo, dos direitos da população em situação de rua, das pessoas moradoras de favela, dentre outros.

últimas décadas, tais como: a Lei nº 7.716/89, que criminalizou o preconceito e a discriminação, notadamente a discriminação racial, após forte batalha travada (até hoje) pelo movimento negro; a Lei 10.741/03, que inovou na ordem jurídica ao criar uma proteção específica à pessoa idosa, por meio de treze novas figuras típicas nas quais o idoso figura enquanto sujeito passivo; a Lei nº 13.104/2015, que acrescentou ao artigo 121 do Código Penal a qualificadora do feminicídio, dentre outras.

Não se pretende, neste capítulo, analisar se tal atuação estratégica é legítima ou não, ou se, ainda, traz algum benefício sob os prismas da redução da condição de vulnerabilidade (negativo) e da conquista de direitos (positivo). No momento, basta perceber que a sociedade civil e os movimentos sociais confiam na resposta dada pelo Direito Penal aos conflitos e que tais demandas de movimentos sociais de grupos vulneráveis, quando levadas ao Poder Legislativo Federal – o único Poder da República que, via de regra, poderia inovar em matéria penal³⁹ – são, geralmente, abraçadas com razoável facilidade, consubstanciando a ideia de que, no Brasil, o recrudescimento penal ainda é um grande atrativo eleitoral. Conforme identificado por Clara Moura Massiero, “nota-se no Brasil, nas últimas décadas, em especial nos anos que se seguiram à Constituição de 1988, a aprovação de vários diplomas legais que indicam criminalização primária de setores até então fora do controle penal”⁴⁰, sendo certo que tal fenômeno está ligado à noção de populismo punitivo.

Há de se ressaltar, ademais, que a tutela das vulnerabilidades pelo direito não é fenômeno exclusivo do campo penal. E não poderia ser diferente, já que o direito penal se caracteriza, justamente, por ser o braço mais subsidiário do direito, ao qual se socorre somente diante do fracasso dos demais ramos⁴¹.

Assim, vale citar que a maioria dos grupos considerados vulneráveis receberam tratamento especial do legislativo. Dentre tantos, pode-se citar a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”⁴², a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que se destina a

³⁹ Constituição Federal da República de 1988. Artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

⁴⁰ MASSIERO, 2013, *op. cit.* p. 98.

⁴¹ Nesse sentido, as palavras de Claus Roxin, que descreve ser o direito penal um “remédio sancionador extremo” (*apud.* BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 63)

⁴² BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 02/03/2021.

“assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”⁴³ e a Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que tem a nobre função de dispor “sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”⁴⁴.

Ou seja, é notório que o legislador brasileiro se preocupa com as categorias de vulneráveis, ao ponto de criar sistemas de proteção unicamente destinados à sua tutela, ora através da lei penal, ora através da lei civil. Entretanto, em se tratando de demandas do movimento LGBT+, tem-se verificado o oposto, uma vez que tal grupo encontra forte resistência do Poder Legislativo, seja em suas demandas político-criminais, seja em suas demandas por direitos civis e políticos. A essa falta de proteção legal destinada às pessoas LGBT+ convencionou chamar “déficit democrático”⁴⁵, sendo que, foi justamente essa posição de inércia imotivada que assumiu Poder Legislativo Federal que abriu espaço para que a ampliação de conquistas do movimento LGBT+ se desse através de ingerência positiva do Poder Judiciário na política⁴⁶⁻⁴⁷.

No que tange à análise da busca pela criminalização da homolesbotransfobia, a situação ganha novos contornos, notadamente porque, conforme identifica Masiero⁴⁸, “ao se analisar a política criminal brasileira dos últimos anos, percebe-se uma crescente tendência à expansão penal, com uma grande facilidade, por parte do parlamento, na aprovação de leis penais”. Em sentido contrário ao crescimento legislativo-penal, os diversos projetos de lei que tentaram criminalizar a homotransfobia restaram frustrados.

⁴³ BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 02/03/2021.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.609, de 13 de julho de 1990. Artigo 1º. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 02/03/2021.

⁴⁵ O conceito foi utilizado pelo Professor Henrique Rabello de Carvalho, em palestra ao Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos (NEPP-DH) da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. “Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer”. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 99, p. 187-211, 2012. p. 192

⁴⁷ Dentre as conquistas efetivadas pelo movimento LGBT+ no Poder Judiciário, pode-se citar o reconhecimento da união estável homoafetivo, em maio de 2011, na ADPF 132 e na ADI 4.277, o que possibilitou o reconhecimento da família homoafetiva, e, desse modo, também a fruição de direitos de família e sucessórios. Além disso, pode-se citar também a recente decisão proferida nos autos da ADI 5.543, na qual foram derrubadas as restrições para que homens gays possam doar sangue, privilegiando o direito à igualdade e não discriminação. Frise-se que ambas as decisões, além de outras decisões da Corte que se alinham aos ideais de igualdade para tutelar direitos das pessoas LGBT+, foram proferidas através do exercício da função contramajoritária do Tribunal, tendo enfrentado o efeito de *backlash* social.

⁴⁸ MASIERO, Clara Moura. Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: análise crítica do PLC 122/2006. Sistema Penal & Violência. Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 5, n. 2, p. 171-186, jul./dez. 2013.

Dentre os diversos projetos de lei enfrentados pelo Congresso Nacional, é digno de nota o Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006 (“PLC 122/2006”), de autoria da parlamentar Iara Bernardi, do Partido dos Trabalhadores. O projeto, que pretendia alterar dispositivos da Lei nº 7.716/1989, do Código Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”), com vistas a definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, enfrentou tanta oposição social que, em determinado momento, “80% das ligações que o [Senado Federal recebia eram] manifestações contrárias à aprovação do projeto”⁴⁹.

Tendo sido apresentado em 2001, o Projeto tramitou na Comissão de Constituição e Justiça (“CCJ”) até 2006, quando foi renumerado e encaminhado ao Plenário na Câmara. Por anos, o Projeto foi alvo de grande oposição, sobretudo por grupos religiosos fundamentalistas e seus aliados políticos. Com o seu apensamento, em 2013, ao Projeto do Novo Código Penal, um projeto muito mais extenso, o PLC 122/2006 não foi debatido e, no ano seguinte, ao final de sua terceira legislatura, foi arquivado, depois de mais de treze longos anos de vã tramitação.

Embora o PLC 122/2006 não tenha sido o único projeto que buscava criminalizar a homotransfobia, foi um dos mais emblemáticos: sua longa tramitação, sempre emperrada pelos esforços de grupos parlamentares, sobretudo religiosos, foram capazes de demonstrar o descaso do Poder Legislativo (ou, ao menos, das últimas legislaturas), para com o segmento LGBTQ+. Daí a se falar em um déficit democrático que, ao mesmo tempo que abre espaço para a atuação do Poder Judiciário, reafirma um cenário de proteção insuficiente da população LGBTQ+.

1.4. A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA POPULAÇÃO LGBTQ+

O direito penal é um ramo da ciência jurídica que possui, em uma visão clássica, duas claras missões teóricas: conter o poder punitivo estatal e proteger de bens jurídicos que são lidos pela sociedade como conceitos fundamentais. Além disso, o direito penal é o ramo mais restritivo da ciência jurídica: as soluções propostas neste campo perpassam pela privação da liberdade de indivíduos. É por esse motivo que ele é fortemente norteado pelos princípios da legalidade, da taxatividade e da subsidiariedade, devendo ser exercida constante vigilância para evitar que o poder penal extravase seus limites.

⁴⁹ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 135.

Ocorre que, como apresentado em tópico anterior, o direito penal, que historicamente é um campo de negação de direitos, vem, paradoxalmente, sendo encarado enquanto um campo de afirmação de direitos, sobretudo direitos de minorias, visto que grande parte da sociedade confia nos resultados que ele produz. É nesse cenário que se insere a busca pela criminalização da homotransfobia.

Nesta temática, ganha importância o crescente reconhecimento do princípio da vedação da proteção insuficiente, enquanto desdobramento do princípio da proporcionalidade, como um catalisador destas demandas. Trata-se de princípio que se originou na cultura germânica, em caso em que o Tribunal Constitucional Alemão foi provocado a se manifestar sobre aborto e asseverou que “o Estado deveria tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma tutela adequada e, enquanto tal, eficaz”⁵⁰.

Conforme sintetiza Carlos Bernal Pulido⁵¹:

[A] proibição de proteção deficiente pode ser definida como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, a partir do qual poderá ser constatado se um ato estatal viola ou não um direito fundamental de proteção. Trata-se de compreender, assim, o duplo viés do princípio da proporcionalidade: de proteção positiva ou de proteção de omissões estatais.

Especificamente no que tange à tutela da população LGBT+, o princípio da vedação da proteção insuficiente torna-se um especial aliado quando se observa que a própria Constituição parece ter estabelecido a necessidade de criminalização da homolebotransfobia, visto que prevê, em seu artigo 5º, inciso XLI, que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Em adição, os Princípios de Yogyakarta asseveram, em seu Princípio 5, item *b*, que os Estados deverão, de forma a evitar impunidade para pessoas que violam os direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero:

Tomar todas as medidas legislativas necessárias para impor penalidades criminais adequadas à violência, ameaças de violência, incitação à violência e assédio associado, por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer pessoa ou grupo de pessoas em todas as esferas da vida, inclusive a familiar.⁵²

⁵⁰ GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A proibição da proteção deficiente. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, v. 1, n. 61, p. 93-11, mai/2008/out/2008.

⁵¹ PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales. Marid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionalistas, 2002, p. 798-799 *apud* GAVIÃO, 2008.

⁵² PRINCÍPIOS, *op. cit.*

Essa ideia central, aliada à noção de “déficit democrático” apresentada no subtópico anterior, em virtude da inércia do Poder Legislativo, conduziu setores do movimento LGBTQ+ ao STF, que, depois de uma onda de decisões favoráveis, sobretudo na seara cível, como explicado no ponto 1.3. desta monografia, acabou se transformando na única via para tutela de direitos LGBTQ+.

Por isso é que não surpreende – o que não impede o seu questionamento –, *a priori*, que a tutela penal da homotransfobia tenha sido buscada e conquistada no Poder Judiciário, através do Mandado de Injunção 4.733 (“MI 4.733”) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (“ADO 26”), cuja tramitação será analisada a seguir.

2. TRAMITAÇÃO, PRINCIPAIS ASPECTOS E JULGAMENTO NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26

Estabelecido o cenário em que se inserem as ações constitucionais que buscam a criminalização da homotransfobia, cumpre, agora, aprofundar a análise, propriamente dita, dos principais aspectos atinentes à tramitação, bem como dos fundamentos que orientaram o julgamento, pelo STF, do Mandado de Injunção nº 4.733, doravante MI 4.733, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, a ADO 26.

Em ordem cronológica, tem-se que, no dia 10.05.2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, ajuizou o MI 4733⁵³ em face do Congresso Nacional. A ação foi distribuída para relatoria ao Ministro Ricardo Lewandowski, e tinha como intuito:

“obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBTQ+ na atualidade”⁵⁴

Pouco mais de um ano após, em 19.12.2013, o partido político Cidadania (à época, Partido Popular Socialista – PPS), ajuizou a ADO 26, cuja relatoria ficou a cargo do Ministro Celso de Mello. Na ação, buscava-se, em síntese:

“obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 set. 2020a. p. 44.

⁵⁴ O trecho destacado foi retirado da Petição Inicial no MI 4.733.

proporcionalidade na aceção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).”⁵⁵

O pedido realizado nas ações em comento é muito similar, e pode ser sintetizado da maneira exposta a seguir.

Em primeiro lugar, busca-se o reconhecimento de que a homofobia e transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de forma que exsurgiria, nos termos do artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal o dever de criminalizar tais condutas. Caso a Corte não entendesse dessa forma, pedia-se o reconhecimento de que o dever de criminalização estaria exposto no artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal, que consagra cláusula geral de punição de toda forma de discriminação.

Afirmado o dever de criminalização, requer-se a declaração do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização específica de toda forma de LGBT+fobia, com a fixação de prazo razoável para que a referida legislação seja editada.

Transcorrido o prazo, e subsistindo a inércia do Congresso Nacional, pediu-se que o STF “efetivamente [tipificasse] a homofobia e transfobia como crime(s) específico(s), por troca de sujeito, ante a inércia constitucional do Parlamento em fazê-lo”⁵⁶.

Na visão dos autores, a tipificação da homofobia e transfobia pelo STF poderia se dar de duas formas. A primeira delas é através da inserção de todas as formas de homofobia e transfobia nos tipos penais da Lei Federal nº 7.716/1989 (Lei Antirracismo, também chamada de Lei Caó), conseqüência do reconhecimento da homotransfobia como espécie do gênero racismo. Subsidiariamente, em não se entendendo pela aplicação da Lei Antirracismo, pediu-se ao STF que efetivamente tipificasse, da forma que julgasse mais pertinente, as práticas discriminatórias à orientação sexual e identidade de gênero.

Também foram realizados pedidos atinentes à responsabilidade civil do Estado pela omissão. Todavia, por não se tratar de aspecto penal, a sua análise encontra-se fora do escopo deste trabalho.

⁵⁵ O trecho destacado foi retirado da Petição Inicial na ADO 26.

⁵⁶ O trecho destacado foi retirado da Petição Inicial na ADO 26.

Por todo o exposto, é possível concluir que se trata de duas ações que, valendo-se de dois procedimentos distintos, perseguem o mesmo fim, o que poderia gerar dúvida acerca da verdadeira necessidade do ajuizamento da segunda ação. Ocorre que a ADO 26 somente foi ajuizada após o MI 4733 ser extinto, sem julgamento do mérito, pelo então Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que, à época, entendeu que a via escolhida, qual seja, a do Mandado de Injunção, não seria adequada. O Ministro asseverou, na decisão, que não se vislumbrava, na hipótese, “direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição [estivesse] sendo obstada pela ausência de regulamentação legal”⁵⁷⁻⁵⁸.

Como será mais bem exposto em tópico posterior, a decisão extintiva do MI 4733, que serviu como propulsora do ajuizamento da ADO 26, foi eventualmente reconsiderada pelo Ministro Edson Facchin, que restou designado novo relator do caso. Dessa forma, ambas as ações, ante a clara similitude de objeto, tramitaram em paralelo, até seu julgamento em conjunto ocorrido em 2019.

2.1. BREVES ESCLARECIMENTOS PROCEDIMENTAIS

Como apontado previamente, as decisões que culminaram na “criminalização” da homofobia advieram de dois instrumentos jurídicos distintos: um Mandado de Injunção e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Insta tecer breves comentários sobre a natureza de ambas, a fim de não as confundir.

O Mandado de Injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da CF/88, que determina que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Nesta esteira, doutrinadores brasileiros, à exemplo de Pedro Lenza, apontam que:

⁵⁷ O trecho destacado foi retirado da decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, em 23 de outubro de 2013, no MI 4733.

⁵⁸ O Mandado de Injunção é processo subjetivo, que busca solucionar situações individuais. A inadequação apontada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, nesse sentido, era pertinente, visto que a matéria é verdadeiro direito difuso, pertencente a toda uma coletividade indeterminada de pessoas LGBTQ+. Todavia, cumpre destacar que tal decisão foi tomada antes da edição da Lei nº 13.300/2016, que prevê expressamente a possibilidade do manejo do Mandado de Injunção Coletivo.

“Tal como a [Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão], o mandado de injunção serve para “curar” uma “doença” denominada síndrome de inefetividade das normas constitucionais, vale dizer, normas constitucionais que, de imediato, no momento em que a Constituição entra em vigor, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de ato normativo integrativo e infraconstitucional”⁵⁹

Dimoulis e Lunardi⁶⁰ pontuam que o mandado de injunção é espécie de remédio constitucional que não pode faltar às Constituições dirigentes, entendidas como aquelas que fixam normas programáticas, tal como é a Constituição Federal de 1988. Os autores ponderam que, desde o nascimento da vigente Constituição, os legisladores deixaram de ser titulares de ampla competência legislativa, restando incumbidos de executar imperativos constitucionais. Esse novo múnus atribuído aos membros do Poder Legislativo prova-se problemático ao passo que exige a existência de mecanismos capazes de suprir eventual omissão legislativa institucional sem, todavia, onerar o sistema de separação de poderes. Um dos mecanismos que possuem essa função é o mandado de injunção.

Tipicamente, o mandado de injunção possui natureza de processo subjetivo, isto é, um procedimento que visa solucionar um caso concreto entre partes. Frise-se, porém, que desde a edição da Lei nº 13.300/2016, a legislação prevê, taxativamente, a possibilidade de se ajuizar mandado de injunção coletivo, para dar conta de situações jurídicas titularizadas por um grupo indeterminado ou indeterminável de pessoas. Quanto a essa medida, o rol de legitimados é taxativo, e abarca as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano⁶¹, como é o caso da ABGLT.

⁵⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Curso de processo constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Edição digital.

⁶¹ Lei nº 13.300 de 2016. Artigo 12: “O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal .

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.”

Como forma de não banalizar o instituto, Dimoulis e Lunardi apontam que somente se conhece de um mandado de injunção no qual se possa identificar a presença de quatro pressupostos⁶². São eles: (i) a inviabilidade dos direitos fundamentais do interessado, (ii) a ausência de norma infraconstitucional que regule tais direitos fundamentais cujo exercício resta impossibilitado, (iii) o dever de legislar claramente estabelecido na Constituição e a (iv) causalidade entre omissão inconstitucional e impossibilidade de exercer o direito.

Contextualizando os requisitos identificados pela doutrina ao caso em tela, não restam dúvidas de que, à luz do cenário de violência que atinge a população LGBTQ+, mais bem definido em tópico anterior deste trabalho monográfico, o primeiro requisito resta mais do que comprovado, ante a completa vulneração de direitos fundamentais da população LGBTQ+ como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à não-discriminação e à segurança.

Para a ABGLT, autora do MI 4.733, o segundo requisito também estaria preenchido, na medida em que a violação de direitos fundamentais da população LGBTQ+ passa ao largo do sistema de justiça, de forma que tais direitos seriam assegurados através de “norma criminal regulamentadora de punição criminal”⁶³ aos atos atentatórios às prerrogativas inerentes à cidadania da população LGBTQ+ no atual contexto histórico brasileiro⁶⁴.

Já no tocante ao terceiro requisito, qual seja, o dever constitucional de legislar, argumenta a ABGLT que a homofobia e a transfobia são espécies do gênero racismo, “na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro”⁶⁵, valendo-se, dessa forma, do conceito social de racismo adotado pelo STF quando do julgamento do Caso Ellwanger⁶⁶. Dessa forma, exsurgiria o dever de criminalização do artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal⁶⁷. Subsidiariamente, a ABGLT sustenta que, caso não se entenda que a homotransfobia constitui espécie do gênero racismo, persiste o dever constitucional de editar legislação criminal ante a cláusula geral de punição de atos de

⁶² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *op. cit.* Edição digital.

⁶³ O trecho destacado foi retirado da Petição Inicial No MI 4733.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 30 set. 2003.

⁶⁷ Constituição Federal da República de 1988. Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

discriminação atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, prevista no artigo 5º, XLI da Constituição Federal⁶⁸. Todavia, como se verá em momento posterior deste trabalho, a existência ou não do dever constitucional de criminalizar tais condutas é matéria de grande controvérsia doutrinária.

Também polêmico é o preenchimento do quarto requisito, vez que, infere-se, pela petição inicial, que a ausência de legislação infraconstitucional (leia-se, ausência de norma que tipifique crimes de homofobia e transfobia) é causa das violências homofóbicas, de forma que a legislação penal, nesse contexto, cumpriria um papel de evitar, ou ao menos frear, os ataques homotransfóbicos. Tal posição encontra ressalvas em grande parte da doutrina, que destaca “a ineficácia da ameaça penal para inibir comportamentos criminosos”⁶⁹.

Apesar das similitudes, o Mandado de Injunção não se confunde com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essa última constitui meio judicial, abstrato e repressivo de controle de constitucionalidade, e encontra menção, ainda que indireta, no artigo 103, § 2º da Constituição⁷⁰ e definição legal nos artigos 12-A a 12-H da Lei nº 9.868/1999, com as alterações promovidas pela Lei nº 12.063 de 27 de outubro de 2009. Sua finalidade, como apontam Dimoulis e Lunardi, é de “constatar e tentar sanar a omissão do legislador no sentido da violação de sua obrigação constitucional de legislar, [procurando] fortalecer a eficácia das normas constitucionais, preservando sua supremacia.”⁷¹.

Muitas são as distinções conceituais e procedimentais entre um mandado de injunção e uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em primeiro lugar, cumpre citar que, ao contrário do mandado de injunção, a ação direta tem natureza de processo objetivo; significa dizer que, nela, não há partes buscando uma tutela para seus direitos subjetivos. Ao contrário, o que define a ação direta é justamente sua atuação enquanto um mecanismo de análise abstrata do próprio ato normativo.

⁶⁸ Constituição Federal da República de 1998. Artigo 5º: “(...) XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”

⁶⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. 739 p. p. 431.

⁷⁰ Constituição Federal da República de 1988. Artigo 103: “(...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

⁷¹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *op. cit.* Edição digital.

Também há notória diferença quanto aos seus efeitos. Dimoulis e Lunardi indicam que, desde 2007, o STF, ao julgar mandado de injunção, “estabelece norma regulamentar que possibilita o exercício do direito”⁷². Todavia, no tocante à ação direta, apontam que “o conteúdo da decisão deve, ao menos num primeiro momento, se limitar a dar ciência ao órgão administrativo/legislativo, para que supra a omissão”⁷³. Como se verá, o STF superou esse requisito, considerada a urgência e a necessidade de tutela da população LGBT+.

As distinções de natureza processual e procedimental acima apontadas foram alvo de intenso debate ao longo de toda a tramitação do MI 4.733 e da ADO 26. Como já mencionado, o MI 4.733 chegou até mesmo a ser extinto em razão de inadequação procedimental. Da mesma forma, não foram poucas as vozes que, partindo do ponto de vista meramente procedimental, sustentaram que o STF estaria excedendo sua competência ao não só reconhecer a omissão quanto à criminalização da homofobia, mas colmatar a omissão por conta própria, sem dar ciência ao Poder Legislativo para fazê-lo.

Entretanto, é necessário destacar, tão logo, que o presente trabalho cuida da análise mais cautelosa das questões penais colocadas em pauta naquele julgamento. Dessa forma, por mais que uma série de discussões atinentes a matérias procedimentais tenham sido suscitadas, entendemos que as breves considerações tecidas neste tópico são suficientes para permitir a compreensão global das questões de natureza penal que serão exploradas a seguir. Sendo assim, feito este breve introito, passa-se, agora, à análise dos atores processuais que intervieram no MI 4.733 e na ADO 26.

2.2. ATORES PROCESSUAIS: ENTRE APOIADORES E OS OPOSITORES USUAIS

Tanto o MI 4.733 quanto a ADO 26 contaram com a pareceres emitidos pela PGR, pelas casas do Congresso Nacional, contra quem as ações foram movidas, e pela AGU, cuja opinião é colhida por força legal. Em adição, diversas entidades da sociedade civil também intervieram nos feitos, na condição de *amicus curiae*.

Entendemos ser importante, antes da análise da decisão da Corte, fazer breves digressões sobre os argumentos suscitados por esses atores processuais, verdadeiras partes *no processo*.

⁷² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *op. cit.* Edição digital.

⁷³ *Idem*.

Dessa forma, é possível entender não só as principais questões debatidas e enfrentadas pelos Ministros do STF, mas também quais grupos sagraram-se vitoriosos, e em que medida.

Em primeiro lugar, é de se destacar a curiosa atuação da PGR. Em um primeiro momento, quando da propositura do MI 4.733, o MPF posicionou-se em sentido contrário à ação, afirmando que não poderia o STF suprir eventual omissão sem afrontar os limites legais do mandado de injunção e o próprio princípio da reserva legal, razão pela qual requereu a sua extinção sem julgamento do mérito. Além disso, asseverou que a tramitação de projetos de lei que visavam criminalizar a homofobia impediam o reconhecimento de qualquer omissão, sob pena de ferida à separação de poderes. Todavia, na mesma peça, o PGR salientou, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro já protegeria a população LGBT+, notadamente porque quaisquer atos discriminatórios contra o referido grupo já estaria tutelado penalmente pela ampla aceção da raça contida no artigo 20 da Lei 7.716/1989. É uma manifestação confusa, pois ao mesmo tempo em que pugna pela impossibilidade de reconhecimento do pedido do autor, também parece admiti-lo.

O pleito de extinção do MI 4.733 foi acolhido pelo então Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, tendo a ABGLT interposto agravo regimental da decisão. Quando instado a se manifestar sobre o agravo, a PGR apresentou parecer completamente contrário ao anterior, afirmando que, não só o mandado de injunção se prestaria aos fins buscados pela parte autora, como o cenário de proteção insuficiente à população LGBT+ é inconstitucional face ao artigo 5º, incisos XLI e XLII que instituem um dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais. Na oportunidade, o órgão também não se furtou a tecer comentários acerca da (não) incidência do princípio da legalidade penal estrita ao caso, afirmando que:

“O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para o enfrentamento da omissão inconstitucional (tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional, que geram reconfiguração desse princípio. Importa, antes de tudo, a efetiva regulamentação do valor constitucional desprotegido, ainda que de modo provisório e por intermédio da jurisdição constitucional”⁷⁴

⁷⁴ O trecho destacado foi retirado de manifestação apresentada pela PGR, no dia 25 de julho de 2014, no MI 4733.

A posição do Congresso Nacional (parte ré no MI 4.733 e autoridade omissa na ADO 26) também é marcada por incongruências. Cada uma de suas casas se defendeu separadamente, sendo a posição do Senado Federal a mais contundente no sentido de se opor ao pleito de criminalização.

A primeira manifestação do Senado Federal no MI 4.733 se deu em 08/07/2016. Na oportunidade, a Casa destacou a inadequação de se considerar a aplicação extensiva do artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 para os casos de homotransfobia, tendo em vista que, sem uma necessária especificidade, o tipo penal poderia restar inútil ou “dá azo à criminalização de preferências sexuais ortodóxicas” (sic)⁷⁵.

Grande parte da manifestação contrária apresentada pelo Senado Federal no MI 4.733 se baseia em questões constitucionais de grande debate no cenário jurídico, como a separação dos poderes e o ativismo judicial. Em determinado momento, em curiosa posição, a Casa ainda parece subscrever argumentos levantados por autores associados à corrente do Direito Penal Mínimo, ao defender que: “[a] pura e simples criminalização de condutas não tem se revelado abordagem adequada para expurgar a sociedade de seus demônios”⁷⁶. A curiosidade da posição advém da sua contradição interna: como apontado no ponto 1.3. deste trabalho, o Poder Legislativo vem progressivamente apostando todas as suas fichas na edição de leis penais para a solução de problemas complexos, contudo, em se tratado de pleito de criminalização da homotransfobia, subitamente a Casa parece subscrever-se, de maneira conveniente, a uma teoria de minimização dos usos do direito penal.

Já na ADO 26, o Senado Federal se manifestou em 05/11/2014, alegando não haver mandado de criminalização específico para a LGBT+fobia, na medida em que o artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal não exige punição *criminal*, e, ainda, que racismo e homofobia não se confundem, e que qualquer aproximação entre ambos configuraria analogia *in malam partem*, vedada no campo penal. O Senado Federal indica, também, não haver qualquer mora constitucional, e, como prova, aponta uma série de projetos de lei que, em tese, versam sobre homofobia e discriminação.

⁷⁵ O trecho destacado foi retirado de ofício enviado pelo Senado Federal ao Supremo Tribunal Federal no dia 04 de agosto de 2016, e documentado nos autos do MI 4733.

⁷⁶ *Idem*.

Neste ponto, é importante destacar que, dentre os projetos mencionados pela Casa Legislativa, é possível identificar projetos sobre os mais diversos temas, como o PL nº 81/2007 e o PL nº 7052/2006, que buscam, tão somente, instituir o dia 17 de maio como o Dia Nacional de Combate a Homofobia; e o PL nº 6.317/2005, que busca a punição do fornecedor que discriminar ou conferir tratamento diferenciado ao consumidor por razões, dentre outras, de orientação sexual. Como se nota, muitos dos projetos citados não guardam relação com o objeto da demanda, sendo certo que o Senado Federal também não traz uma posição sobre o andamento da tramitação.

Também nesta manifestação, o Senado Federal retoma temas de estatura constitucional, como a separação dos poderes. Além disso, todo o parecer está tingido, novamente, por uma forte crítica do direito penal, que não costuma ser empregada pelos Senadores quando da atividade legiferante. Assim, a Casa faz menção à “estudos empíricos que questionam a eficácia da tipificação de delitos e do aumento de penas criminais para a prevenção de ofensas a bens jurídicos penalmente relevantes”⁷⁷, e, ainda, a, conceitos como “gestão atípica da moral” e “esquerda punitiva”.

A Câmara dos Deputados, por outro lado, manteve-se ao largo do debate. Após ser provocado pelo Ministro Celso de Mello na ADO 26, a Câmara apresentou singela manifestação na qual reafirma a posição institucional da Casa, que, “em 23 de novembro de 2006, aprovou o Projeto de Lei nº 5.003 de 2001, que ‘determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas’, enviado em seguida à análise do Senado Federal”⁷⁸.

No que tange à atuação da AGU, é necessário relembrar que nas ações diretas de inconstitucionalidade, a referida instituição tem papel legal de defesa do ato impugnado, como ensina a legislação⁷⁹. Na ADO 26, não foi diferente, com o órgão sustentando não haver qualquer mandado de criminalização específica referente à homofobia, não ser a LGBT+fobia espécie do gênero racismo, bem como entraves do princípio da legalidade e da vedação à

⁷⁷ O trecho destacado foi retirado de ofício enviado pelo Senado Federal ao Supremo Tribunal Federal no dia 06 de novembro de 2014, e documentado nos autos da ADO 26.

⁷⁸ O trecho destacado foi retirado de manifestação apresentada pela Câmara dos Deputados, no dia 12 de novembro de 2014, na ADO 26.

⁷⁹ Constituição Federal da República de 1988. Artigo 103: “(...) § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.”

analogia in malam partem, que já haviam sido suscitados pelo Senado Federal. Os argumentos suscitados pela AGU no MI 4.733 são idênticos, razão pela qual não merecem repetição.

Por fim, mostra-se importante analisar os argumentos suscitados pelos amigos da corte. Tanto o MI 4.733 quanto a ADO 26 contaram com uma série de pedidos de intervenção de terceiros na modalidade de *amicus curiae*. Foram deferidos os pedidos de ingresso das seguintes entidades: (i) Grupo Gay da Bahia – GGB; (ii) GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual; (iii) Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; (iv) Conselho Federal de Psicologia; (v) Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; (vi) ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transsexuais; (vii) Defensoria Pública do Distrito Federal; (ix) Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; (x) Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; (xi) Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida; (xii) Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM.

Abaixo, as entidades que interviram nos processos como *amicus curiae* estão separadas em duas tabelas: aquelas que se manifestaram *a favor* do pedido e aquelas que se manifestaram contrariamente ao pleito de criminalização da LGBT+fobia, acompanhada dos principais argumentos suscitados. A distinção é importante porque, quando, a seguir, for analisada as implicações em matéria penal da decisão do STF, será mais fácil entender quais partes sagraram-se vencedores, e quais sagraram-se vencidas, e em que medida.

ENTIDADES A FAVOR DA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBT+FOBIA	
Entidade	Principais Argumentos
Grupo Gay da Bahia – GGB	<ul style="list-style-type: none">- Existência de mandado constitucional de criminalização da homofobia e transfobia, explícito no artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal, por serem estas espécies do gênero racismo, ou, ainda, no artigo 5º, inciso XLI da Constituição, por se tratar de discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais;- Princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente,

	<p>que veda a omissão no tocante à garantia dos direitos fundamentais à livre orientação sexual e à livre identidade de gênero;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Impossibilidade de hierarquização de opressões, com tratamento penal severo à determinados grupos vulneráveis, em detrimento de outros.
GADvS – Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual	<ul style="list-style-type: none"> - A força normativa da Constituição e das normas fundamentais de direitos humanos; - Documentos internacionais que demandam o avanço de proteção de minorias
Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros	<ul style="list-style-type: none"> - Cenário de grave violação de direitos fundamentais da população LGBT+; - Existência de mandados de criminalização da LGBT+fobia; - LGBT+fobia enquanto espécie de racismo social.
ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transsexuais	<ul style="list-style-type: none"> - Nocividade dos ataques transfóbicos no Brasil; - Subnotificação da violência homotransfóbica; - Homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo.
Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM	<ul style="list-style-type: none"> - Homofobia e transfobia como espécies do gênero racismo.

ENTIDADES CONTRÁRIAS À CRIMINALIZAÇÃO DA LGBT+FOBIA

Entidade	Principais Argumentos
Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE	<ul style="list-style-type: none"> - Inexistência de dados oficiais que possam “apontar de forma indubitosa a dimensão dos crimes praticados em razão de homofobia em todos os Estados da Federação”⁸⁰;

⁸⁰ O trecho destacado foi retirado de manifestação apresentada pela ANAJURE na ADO 26.

	<ul style="list-style-type: none"> - Estatísticas que comprovam que, “na maioria dos crimes” ditos homo e transfóbicos, os agressores também seriam membros da comunidade LGBT+, o que afastaria motivação homofóbica; - Inexistência de mandado de criminalização da homofobia e transfobia; - Ofensa aos princípios da legalidade e da reserva legal; - Impossibilidade de determinação da abrangência do que seria a homofobia e transfobia.
Frente Parlamentar “Mista” da Família e Apoio à Vida	<ul style="list-style-type: none"> - Ofensa aos princípios da legalidade e da reserva legal; - Ofensa à liberdade de expressão; - Liberdade de decisão do legislador.
Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM	<ul style="list-style-type: none"> - Ofensa aos princípios da legalidade e da reserva legal; - O “perigo da imposição da vontade da minoria à maioria”⁸¹ (sic); - Liberdade de religião e pensamento.

2.3. CONCLUSÃO DE JULGAMENTO E TESE FIXADA

Pela similitude de objeto, o MI 4.733 e a ADO 26 foram reunidos para julgamento. Ato contínuo, as ações foram julgadas em seis sessões plenárias do STF, ocorridas em 13, 14, 20 e 21 de fevereiro de 2019, 23 de maio de 2019 e 13 de junho de 2019. Nas sessões, todos os atores processuais esposaram seus argumentos (sumarizados em tópico anterior) em sustentações orais e cada um dos Ministros leu seus votos. Também foram decididas questões incidentais, como o pedido de suspensão do julgamento apresentado pelas casas do Congresso Nacional em razão de novo projeto de lei para a criminalização da LGBT+fobia ter se iniciado.

⁸¹ O trecho destacado foi retirado de manifestação apresentada pela COBIM na ADO 26.

Ao final do longo julgamento, o STF, por maioria, conheceu do MI 4.733, para julgá-lo procedente e (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional; e (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional edite legislação a respeito, a Lei Federal nº 7.716/1989, estendendo a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, nos termos do voto do relator, Ministro Edson Facchin. Foram vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que apenas reconheceram a mora do Congresso Nacional, e, por completo, o Ministro Marco Aurelio, que julgou inadequada a via mandamental.

Já quanto à ADO 26, o Tribunal, por unanimidade, a conheceu parcialmente para, na extensão em que foi conhecida, por maioria, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante para (i) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF/99, declarando a existência de omissão normativa inconstitucional; (ii) cientificar o Congresso Nacional; (iii) dar interpretação conforme a Constituição para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89. Também restaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que julgaram parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurelio, que a julgou improcedente.

Porque a ADO possui natureza de processo objetivo, possuindo a decisão natureza vinculante e eficácia *erga omnes*, foi necessário editar uma tese, aplicável *ex nunc*. A tese, redigida pelo relator Ministro Celso de Mello, foi a seguinte:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”);
2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo

com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. 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 (LGBT+I+) 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 uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.⁸²

Estabelecidos os principais aspectos atinentes ao julgamento das ações que resultaram na criminalização da homofobia, passa-se agora a desvelar as principais questões penais exploradas nos julgados.

⁸² BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 560/561.

3. QUESTÕES PENAIS EM PAUTA NO JULGAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA

Da análise dos argumentos suscitados pela parte autora de ambas as ações, bem como dos atores processuais, pode-se identificar duas principais questões de cunho penal que foram devidamente enfrentadas pelo STF: (i) uma atinente ao próprio dever de criminalizar; e (ii) uma atinente ao princípio da legalidade. Passa-se agora a análise de cada uma delas, pormenorizadamente.

3.1. EXISTE UM DEVER CONSTITUCIONAL DE CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA?

A primeira questão enfrentada pelo STF cuidava da própria existência de regra constitucional apta a determinar a criminalização da homofobia. E não poderia ser diferente: a decisão acerca da existência ou não de um mandado de criminalização para os atos de homofobia é prejudicial de todas as outras, uma vez que, não havendo um dever de legislar para criminalizar tais condutas, não haveria omissão inconstitucional a justificar o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A controvérsia se origina a partir da redação dos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determinam, respectivamente, que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Afinal, nos termos das petições iniciais, sustentou-se haver dever de criminalizar a LGBT+fobia em razão de (i) ser essa uma espécie de racismo, a encontrar proteção no inciso XLII; e, subsidiariamente, (ii) ser essa uma espécie de ato discriminatório, a encontrar proteção no inciso XLI, que, não obstante, contém ordem de criminalização.

Para André de Carvalho Ramos⁸³, os supracitados incisos são exemplos dos diversos mandados de criminalização incutidos, implícita e explicitamente, na Constituição Federal. Nesse sentido, Ramos assevera que tais mandados representam uma ordem do Poder Constituinte para que o legislador tipifique determinada conduta, definindo preceito secundário,

⁸³ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 886/888.

e, em certos casos, vedando a incidência de determinados institutos típicos da legislação penal e processual penal, como a anistia, a prescrição e a fiança⁸⁴.

Os mandados de criminalização surgem na Constituição de 1988 como importante instrumento de tutela de direitos humanos fundamentais por ela consagrados. Partindo dessa premissa, Rui Carlo Dissenha aponta que a parcela doutrinária que celebra os mandados constitucionais de criminalização acreditam na função de prevenção geral do direito penal⁸⁵, isto é, na sua possibilidade de não só gerar um efeito negativo de abstenção, mas também um efeito social positivo, isto é, um reforço de confiança em relação ao sistema.

No mesmo sentido, Ramos pondera que os direitos humanos fundamentais funcionam não apenas como contentores do poder punitivo do Estado, mas também como parâmetros de atuação do direito penal, concluindo que os mandados de criminalização estão intimamente ligados à vedação de proteção insuficiente de direitos humanos fundamentais. Em suas palavras:

“o Direito Penal não é só limitado pelas Constituições e tratados, mas, em algumas situações, sua aplicação é exigida como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos. Ao mesmo tempo em que em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também não pode se omitir ou agir de modo insuficiente (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*)”⁸⁶.

Justamente porque fundados na vedação a proteção deficiente da tutela de direitos humanos fundamentais é que se permite conhecer não só de mandados de criminalização explícitos, mas também de mandados implícitos. Afirma Dissenha que, quanto aos mandados de criminalização implícitos, “eles seriam reconhecíveis a partir de uma análise sistemática do texto constitucional e, especialmente, da sua vinculação aos direitos humanos tanto no plano nacional quanto na esfera internacional”⁸⁷. Para Ramos, citado por Dissenha, os mandados implícitos seriam decorrência de “deveres de criminalizar as condutas de violação aos direitos

⁸⁴ Ramos, *op. cit.*, p. 888

⁸⁵ DISSENHA, Rui Carlo. Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal Nacional. *Raízes Jurídicas*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 313-350, jul/dez. 2008.

⁸⁶ Ramos, *op. cit.*, p. 887

⁸⁷ Dissenha, *op. cit.*, p. 332.

fundamentais fundados tão-somente na menção ao direito protegido em determinado tratado internacional de direitos humanos”⁸⁸.

Dissenha aponta, ainda, que o Brasil parece ter abraçado a existência de mandados implícitos com base em obrigações internacionais assumidas, citando, como exemplo, a criminalização da tortura em atenção à Convenção da Tortura, da violência doméstica contra a mulher, como determina a Convenção de Belém do Pará e a criminalização do genocídio, provocada pela Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. Não obstante o posicionamento do autor, entendemos que a edição de tais legislações pelo Estado brasileiro não representa uma postura pacífica, ou, até mesmo, gentil, mas tem origem, em boa medida, por conta das condenações que o Estado brasileiro sofreu internacionalmente, mormente no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos.

Embora a própria existência de mandados de criminalização não seja questionada pelos doutrinadores do direito penal e constitucional, a abrangência desses mandados é. Nesse sentido, não há dúvidas de que, quanto ao racismo, o inciso LXII do artigo 5º da Constituição Federal determina a sua criminalização, pois é claro ao afirmar que o racismo constitui espécie de crime inafiançável. O mesmo não pode, porém, ser dito sobre o inciso LXI do mesmo artigo constitucional, que apenas menciona a necessidade de punição dos atos discriminatórios. O debate é da maior importância ao caso concreto, tendo em vista que, nas petições iniciais do MI 4.733 e da ADO 26 também foi sustentada a necessidade de criminalização da homofobia em razão de precedentes internacionais, tais como os Princípios de Yogyakarta, além de Resoluções de órgãos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos.

Todavia, como destaca Dissenha, a existência de mandados de criminalização implícitos é controversa, notadamente “em uma doutrina habituada à figura do Direito Penal como *ultima ratio legis* e como manifestação da limitação à atuação do direito de punir do Estado”. O autor afirma que, para esta doutrina, “é bastante difícil admitir que o texto constitucional imponha o dever de criar crimes de modo não claro ou não explícito”⁸⁹.

⁸⁸ RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006 (09/55). p. 36, *apud* Dissenha, *op. cit.*, p. 333

⁸⁹ Dissenha, *op. cit.*, p. 333.

Como é possível perceber, há severa controvérsia doutrinária acerca da possibilidade de se cogitar de mandados de criminalização que não estejam expressos na Constituição. Dessa forma, não há dúvidas de que a CF/88 determinou, em seu artigo 5º, inciso XLII, a criminalização do racismo. Todavia, e trazendo a discussão para o caso concreto, há quem questione se há ou não um mandato de criminalização para as formas de LGBT+fobia. Para aqueles que defendem a possibilidade de se reconhecer mandados de criminalização implícitos, nos parece óbvio ser possível sustentar que a criminalização da LGBT+fobia, ainda que não taxativamente expressa no texto constitucional, impõe-se a partir da visão de uma Constituição dirigente e de precedentes internacionais. Porém, é necessário registrar que existe forte corrente doutrinária que sustenta a impossibilidade de reconhecimento de mandados de criminalização implícitos. Assim, ainda que a LGBT+fobia pudesse estar abarcada pelo conceito de atos discriminatórios previstos no artigo 5º, XLI da CF/88⁹⁰, para tais doutrinadores não haveria dever de criminalizar em razão de o supracitado artigo não mencionar a expressa necessidade de lei penal, podendo a punição se dar em outras esferas de responsabilidade, tal como a cível e a administrativa.

Nesse sentido é que juristas como Clèmerson Merlin Clève, Ingo Wolfgang Sarlet, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Lenio Luiz Streck e Flavio Pansieri⁹¹ entendem não haver um mandato de criminalização no tocante à homofobia e à transfobia. A uma, porque tais autores não consideram ser a LGBT+fobia espécie de racismo, e a duas porque o artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal não impõe “que tal punição tenha de se dar na esfera criminal, pois aqui as hipóteses concretas e mesmo as sanções para as diversas situações foram deixadas (pelo constituinte originário) ao alvedrio da deliberação legislativa infraconstitucional”.

A controvérsia foi um dos temas centrais no julgamento do MI 4.733 e da ADO 26. Na oportunidade, o STF conferiu tratamento quase unânime no sentido de que não só o inciso XLII,

⁹⁰ Não se desconhece que, em sentido contrário, existe posicionamento de certos grupos no sentido de que a homotransfobia não deveria ser considerada espécie de ato discriminatório (v.g. petição de *amicus curiae* apresentada pela ANAJURE, onde dados referentes à homotransfobia são questionados, para sugerir que não se pode ter noção do que é a homofobia no Brasil). Todavia, esse posicionamento não é encampado por esse trabalho, que parte das premissas estabelecidas no primeiro capítulo no sentido de ser a população LGBT+ um grupo vulnerável que se sujeita à proteção deficiente do Estado brasileiro.

⁹¹ CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Senso Incomum: Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 10 abr. 2021.

que trata do racismo, mas também o inciso XLI, que trata de atos discriminatórios, do artigo 5º da CF/88 são cláusulas que impõem ao legislador a obrigação constitucional de editar legislação penal, não sendo suficiente a mera responsabilidade civil ou administrativa.

Em seu voto no MI 4.733, o relator, Ministro Edson Facchin, asseverou que o inciso XLI do artigo 5º da CF/88 contém uma obrigação de legislar em matéria penal, e que, embora o texto legal não mencione, expressamente, a LGBT+fobia como espécie de ato discriminatório, é possível concluir nesse sentido através da leitura de documentos e precedentes do direito internacional dos direitos humanos, dentre os quais o relator cita a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e os Princípios de Yogyakarta. Em nosso sentir, a decisão do Ministro reconhece que o inciso XLI do artigo 5º da CF/88 não possui conteúdo delimitado, e que, ao valer-se de normativas do direito internacional dos direitos humanos, consagra a tese de que a Constituição contém mandados de criminalização implícitos. Em suas palavras:

“No mérito, é procedente o presente mandado de injunção, pois o direito constante do art. 5º, XLI, da CRFB efetivamente contém um mandado de criminalização contra a discriminação homofóbica e transfóbica, ordem que, ante a mora do Congresso Nacional, comporta, até que seja suprida, colmatação por este Supremo Tribunal Federal, por meio de interpretação conforme da legislação de combate à discriminação.”⁹²

Em similar sentido, o Ministro Celso de Mello, relator na ADO 26, em seu judicioso voto, afirmou, com base em precedentes anteriores do STF, que:

“torna-se importante reconhecer que este Supremo Tribunal Federal, ao examinar o alcance da cláusula inscrita no inciso XLI do art. 5º da Constituição (“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”), além daquela fundada no inciso XLII desse mesmo art. 5º de nossa Carta Política, já deixou positivado, em expressivo precedente, que tais preceitos veiculam mandados expressos de criminalização, que impõem ao Congresso Nacional, para efeito de seu integral adimplemento, a obrigação constitucional de editar legislação incriminadora de condutas, positivas ou negativas, cuja prática implique comportamentos discriminatórios e atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais, em ordem a que se viabilize, em favor das vítimas, a necessária, completa e adequada proteção de índole penal.”⁹³

Os votos dos relatores ressoou entre os demais ministros. Destaca-se, nesse ponto, o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que ressaltou que o próprio Congresso Nacional

⁹² BRASIL, 2020a, *op. cit.*, p.

⁹³ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 94.

“estabeleceu um verdadeiro padrão protetivo de implementação legislativa para a colmatação dos comandos constitucionais protetivos de direitos e garantias fundamentais de diversos e tradicionais grupos vulneráveis”⁹⁴, trazendo como exemplo as legislações protetivas editadas em favor da população negra, de crianças e idosos, e de mulheres, ressaltando que o cenário de desproteção persiste tão somente quanto às condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero.

A dissidência no STF ficou por conta do voto do Ministro Marco Aurélio Mello, que rechaçou a possibilidade de se enquadrar a LGBT+fobia como espécie do gênero racismo (artigo 5º, inciso XLII da CF/88), e ressaltou que o inciso XLI do artigo 5º da CF/88 não ostentaria natureza de mandado de criminalização, visto que, ao se utilizar do vocábulo “punirá” (ao invés de “criminalizar”), afastou a natureza penal de sua redação, de forma que, não havendo o dever de criminalizar, não estaria o Congresso Nacional em mora, sendo a criminalização (ou não) das práticas de LGBT+fobia matéria sujeita à discricionariedade do Poder Legislativo.

Em síntese, o STF assinalou haver um dever de criminalizar atos discriminatórios, e dentre eles a LGBT+fobia, no inciso XLI do artigo 5º da CF/88. Todavia, tal conclusão não é da maior importância, considerando que, ainda que o referido inciso não possuísse conteúdo penal, como pretende parte da doutrina e, no STF, o Ministro Marco Aurélio, o dever de criminalizar a homofobia e a transfobia exsurgiria do inciso XLII do mesmo artigo, em razão de ser a LGBT+fobia espécie do gênero racismo, como entendeu o STF e será mais bem explorado em tópico adiante.

3.2. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VIOLOU O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE?

3.2.1. *Funções do princípio da legalidade*

O princípio da legalidade em matéria penal é, talvez, a mais importante das garantias penais. Nas palavras de Nilo Batista, “o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”⁹⁵. Ante a sua importância global, o

⁹⁴ Idem., p. 249.

⁹⁵ BATISTA, *op. cit.*, p. 63.

princípio está expresso no artigo 11, 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁹⁶, no artigo 15, 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹⁷, no artigo 9º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁸, no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal⁹⁹ e no primeiro artigo do Código Penal¹⁰⁰, como não poderia ser diferente.

Melhor expresso pela fórmula latina “*nullum crime nulla poena sine lege*”, o referido princípio, por vezes chamado de “princípio da reserva legal”, tem, para Nilo Batista, como um de seus principais efeitos, a garantia da segurança jurídica. Como duas faces de uma mesma moeda, o autor identifica que o princípio da legalidade, ao mesmo tempo em que constitui a pena (função constitutiva), exclui as penas ilegais (função de garantia). Dessa forma, o princípio da legalidade impõe que o cidadão, alvo da lei penal, tenha prévio conhecimento dos crimes e evita que o mesmo cidadão seja submetido a coerção penal não predisposta anteriormente em lei. No mesmo sentido, manifestando-se sobre o princípio da reserva legal em ação diversa, ainda que não em matéria penal, e identificando uma função negativa e uma função positiva ao princípio da legalidade, assentou o Ministro Celso de Mello, relator na ADO 26, que:

“A reserva de lei – analisada sob tal perspectiva – constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primária, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional projeta-se em uma dimensão positiva, eis que sua incidência reforça o princípio que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador”¹⁰¹.

Decompondo o referido princípio, em sua obra, Nilo Batista identifica quatro funções do princípio da legalidade.

⁹⁶ Declaração Universal dos Direitos do Homem. Artigo 11, 2: “Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”

⁹⁷ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Artigo 15, 1: “Ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.”

⁹⁸ Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Artigo 9º: “Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.”

⁹⁹ Constituição Federal da República de 1988. Artigo 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

¹⁰⁰ Código Penal. Artigo 1º: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”

¹⁰¹ O trecho citado foi destacado do voto apresentado pelo Ministro Celso de Mello na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.075-MC, julgada em 07/02/2001.

A primeira delas é no sentido de proibir a retroatividade da lei penal. A lei penal incriminadora precisa ser prévia às condutas que pretende tutelar. Dessa forma, todas as condutas homo e transfóbicas praticadas anteriormente ao dia 13 de junho de 2019, data em que o STF concluiu o julgamento e fixou tese pela criminalização da homofobia, não poderiam se enquadrar ao tipo penal, em razão da ausência de entendimento anterior nesse sentido. Justamente por esse motivo, os ministros do STF, valendo-se da técnica de modulação dos efeitos da decisão para conferir efeitos *ex nunc* à decisão.

A segunda é a função de proibir a criação de crimes e penas pelo costume. Identifica Batista que somente a “lei escrita, isto é, promulgada de acordo com as previsões constitucionais, pode criar crimes e penas”¹⁰². Em outra obra, Batista e Zaffaroni afirmam que, “do ponto de vista formal, a legalidade significa que a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada”¹⁰³. No Brasil, somente a União pode editar normas penais¹⁰⁴, e ela o faz através do Congresso Nacional¹⁰⁵, o que concretiza um sistema calcado na legalidade formal, isto é, na necessidade de que o crime e a pena estejam previstos em lei, em detrimento de um sistema de legalidade material ou substancial, típico de países de direito consuetudinário, onde, identifica Nucci, a conduta considerada criminosa é aquela tida como lesiva a interesse juridicamente tutelado, de acordo com a visão da sociedade¹⁰⁶.

Dessa maneira, o princípio da legalidade impede que o direito penal tenha qualquer outra fonte produtora que não o Congresso Nacional, e qualquer outra fonte de conhecimento que não a lei¹⁰⁷. Em síntese, afirmam Zaffaroni e Batista:

“A [CF/88] não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo. (...) Perante a Constituição da República, qualquer pretensa lei penal material emanada da administração é obviamente inconstitucional. (...) Por conseguinte, do tipo normativo de leis penais constitucionais devem ser excluídas todas aquelas não emanadas dos órgãos legislativos do Estado dentro de suas respectivas atribuições. Em nenhum caso o Poder Executivo, o Judiciário e a

¹⁰² BATISTA, *op. cit.*, p. 68/69.

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, v. 1, p. 131, 2003.

¹⁰⁴ Constituição Federal da República de 1998. Artigo 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”

¹⁰⁵ Constituição Federal da República de 1998. Artigo 48: “Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre (...)”

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Direito penal: parte especial. Vol2. Rio de Janeiro, 2019. Edição digital.

¹⁰⁷ BATISTA, *op. cit.*, p.69/70.

Administração em geral podem criar leis penais. Somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária”¹⁰⁸

A terceira função do princípio da legalidade, como identificada por Batista, é a de “proibir o emprego da analogia para criar crimes”¹⁰⁹.

Não se pode confundir a vedação à analogia contida no princípio da legalidade como uma vedação à interpretação da lei penal. Aponta Nucci que “a interpretação é um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas”¹¹⁰. A mesma distinção pode ser encontrada em escritos de Juarez Cirino, para quem “a interpretação identifica grupos de casos previstos pela lei penal; a analogia identifica grupos de casos não previstos, mas semelhantes aos casos previstos na lei penal”¹¹¹.

Conforme sinaliza Nucci, a interpretação literal, teleológica ou sistemática do direito penal não representam qualquer afronta ao postulado da legalidade. Ainda que com alguma controvérsia, o autor aponta ser possível também a interpretação extensiva e analógica da lei penal. Nesse cenário, a interpretação extensiva significaria “[ampliar] o alcance das palavras legais, a fim de se atender à real finalidade do texto”¹¹², enquanto a interpretação analógica seria “o processo de averiguação do sentido da norma jurídica, valendo-se de elementos fornecidos pela própria lei, através do método de semelhança”¹¹³. Na interpretação da lei, o que se busca, em verdade, “é o descobrimento da vontade da lei em seus próprios textos”¹¹⁴; isto é, somente através do processo de interpretação é que é possível atingir “o verdadeiro sentido e o alcance mais preciso da norma legal, considerando todas as suas relações e conexões dentro de um contexto jurídico e político-social”¹¹⁵.

A interpretação analógica da lei penal, por sua vez, não se confunde com a analogia. Sintetizando a diferença, explica Bitencourt que:

¹⁰⁸ ZAFFARONI, et al., *op. cit.*, p. 203/204.

¹⁰⁹ BATISTA, *op. cit.*, p. 72

¹¹⁰ NUCCI, *op. cit.*, Edição digital.

¹¹¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 61.

¹¹² NUCCI, *op. cit.*, Edição digital.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luiz. *Principios de Derecho Penal: la ley y el delito*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990 *apud* BITENCOURT, *op. cit.*, p. 211.

¹¹⁵ BITENCOURT, p. 198.

“A analogia não se confunde com a interpretação extensiva ou mesmo com a interpretação analógica. A analogia, convém registrar desde logo, não é propriamente forma de interpretação, mas de *aplicação* da norma legal. A função da analogia não é, por conseguinte, interpretativa, mas integrativa da norma jurídica. Com a analogia, procura-se aplicar determinado preceito ou mesmo os próprios princípios gerais do direito a uma hipótese não contemplada no texto legal, isto é, com ela busca-se colmatar uma lacuna da lei. Na verdade, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação. A finalidade da interpretação é encontrar a ‘vontade’ da lei, ao passo que o objetivo da analogia, contrariamente, é suprir essa ‘vontade’, o que, convenhamos, só pode ocorrer em circunstâncias carentes de tal vontade”¹¹⁶.

Tem-se, então, que o princípio da legalidade não veda que o julgador busque o sentido da norma se valendo de uma interpretação sistemática, ainda que isso seja prejudicial ao réu. Nesse sentido, Nucci cita como exemplo o artigo 235 do Código Penal, que prevê o tipo penal da bigamia, cominando pena de dois a seis anos aquele que contrai, sendo casado, novo casamento. Pela própria rubrica do tipo penal, infere-se que a lei visa criminalizar aquele que se casa uma segunda vez. Todavia, aquele que, já possuindo casamentos anteriores, se casar pela terceira vez, também poderá ser punido pelo tipo penal, sem que isso represente qualquer afronta ao princípio da legalidade, uma vez que, através desse método de interpretação extensiva, visa-se preservar o próprio sentido da lei.

Também não causa qualquer perplexidade a interpretação analógica do artigo 121, parágrafo segundo, inciso III do Código Penal, que prevê que qualificadora para o crime de homicídio praticado “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. Nesse caso, o julgador poderá qualificar o homicídio que se consume através de outro meio insidioso ou cruel, ainda que não previsto taxativamente em lei. Nucci destaca que não haver qualquer incompatibilidade com a reserva legal em matéria penal justamente porque, nessa hipótese, o julgador estará apenas aplicando o método de semelhança.

Resta, então, que a analogia que está vedada pelo princípio da legalidade é aquela que resulta em inovação, criando crimes e cominando penas, dando azo a um “direito judicial que ultrapassa os marcos legais em prejuízo do acusado”¹¹⁷.

¹¹⁶ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 209.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. Introdução aos Fundamentos do Direito Penal. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 353.

Por fim, a quarta, e última, função do princípio da legalidade é a de proibir incriminações vagas e indeterminadas. Segundo Batista, a norma penal deve possuir “clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível para todos os cidadãos”, de forma a serem inconstitucionais tipos penais que se valem de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados”.

3.2.2. “Morte” do princípio da legalidade? Críticas doutrinárias à “criminalização” da homofobia pelo STF

Desde a propositura das ações aqui em comento, instaurou-se grande controvérsia no cenário jurídico acerca de (im)possibilidade jurídica do pedido de criminalização de condutas homotransfóbicas, como pretendido pela ABGLT e pelo Cidadania. Como visto, de forma sucinta, em momento anterior, o STF julgou as ações parcialmente procedentes para suprir a omissão legislativa e declarar a discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero como racismo, de forma que encontrariam punição penal no artigo 20 da Lei 7.716/89. A medida foi severamente criticada pela doutrina. Em artigo publicado no Jota, Gustavo Badaró referiu-se ao julgamento como a morte da garantia da legalidade no direito penal¹¹⁸.

A controvérsia foi antevista pelo relator da ADO 26, Ministro Celso de Mello, quando, em 09 de março de 2015, em despacho que determinou a oitiva da PGR, solicitou que o MPF se manifestasse especialmente sobre “o pleito que objetiva estender, por via jurisdicional, mediante analogia (“*in malam partem*”?) a Lei nº 7.716/1989. O ministro justifica a determinação nos seguintes termos:

“Faço esse registro em razão do fato, juridicamente relevante, de que a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina”, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. (...)

Não se pode desconhecer, portanto, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema pertinente à definição do tipo penal e à cominação da sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento (...)

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Isso significa, portanto, que somente lei interna pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação penal, com a consequente exclusão de qualquer outra fonte formal, como os provimentos de índole jurisdicional.”¹¹⁹

As críticas socorrem-se de diversos aspectos relacionados ao princípio da legalidade. Com menor força, mas ainda notória, deve-se mencionar aqui a crítica no sentido de que a criminalização da homofobia afrontaria a necessária clareza da legislação penal, identificada por Batista como a quarta função do princípio da legalidade. Tal crítica foi mencionada pela ANAJURE enquanto *amicus curiae*, e se baseia na crença de que, ao criminalizar atos de homofobia e transfobia, o STF estaria gerando um tipo penal aberto, isto é, uma norma penal incompleta, cujo verdadeiro sentido somente pode ser obtido através de uma complementação valorativa pelo julgador.

Essa não é, porém, a crítica predominante nos principais escritos sobre o tema. A discussão acerca do princípio da legalidade em contraste com a decisão proferida pelo STF, geralmente, se atém à segunda e terceira função do princípio, como identificadas por Nilo Batista. É dizer: o debate gira em torno da criminalização por via outra que não a legislativa e de eventual emprego de analogia *in malam partem*.

Em artigo já citado neste trabalho, Badaró aponta que o julgador que se depara com um caso em que se discute o próprio conteúdo de um tipo penal, em relação ao qual há a garantia constitucional e convencional de reserva da lei, não pode, em qualquer circunstância, considerar como crime condutas que o legislador não tipificou. Para o autor, “admitir isso seria substituir o princípio de legalidade por um de ‘jurisdicionalidade’. Isso porque a conduta criminosa [estaria] sendo determinada, em última análise, não pelo legislador, mas por um órgão judiciário”¹²⁰. Badaró assenta que a demanda pela criminalização da homofobia e transfobia é legítima, mas que quem deverá fazê-lo é o Congresso Nacional, a quem incumbe a definição clara, precisa e taxativa dos tipos penais, pois somente assim será possível preservar o princípio da legalidade.

Badaró reconhece que a lei penal está sujeita à interpretação do julgador, mas adverte que quando o sentido do texto legal é claro, o primeiro e principal critério de hermenêutica a ser

¹¹⁹ O trecho foi retirado de despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello, em agosto de 2015, nos autos da ADO 26.

¹²⁰ BADARÓ, *op. cit.*

empregado é o critério literal, ou seja, aquele em que se busca o significado gramatical de cada termo empregado pelo legislador. Nesse diapasão, o autor afirma que “não é necessário grande conhecimento linguístico para entender que ‘discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência regional’ não diz respeito a homofobia ou transfobia”¹²¹. Dessa forma, o autor enxerga que a subsunção dos atos de homotransfobia aos tipos penais da Lei nº 7.716/1989 configura analogia *in malam partem*, vedada pelo princípio da legalidade

Também em crítica à decisão, Matheus Andrade Braga, concordando com a posição esposada por Badaró, aponta que, anteriormente à decisão do STF, que, por sinal, possui efeitos prospectivos, “ninguém havia sido punido pela prática de ato de homofobia ou transfobia”¹²², o que se explica pelo fato de que, antes da decisão, o conceito usual do termo “*racismo*” não comportava situações de discriminação envolvendo orientação sexual e identidade de gênero.

Braga também identifica um paradoxo nas decisões, à medida que não é possível declarar uma omissão legislativa e, ao mesmo tempo, afirmar que a norma protetiva sempre existiu. Para o autor, o STF, ao reconhecer a homotransfobia como espécie do gênero racismo, o fez mediante evidente utilização do recurso da analogia *in malam partem*, pois, caso contrário, “a decisão proferida pelo tribunal não demandaria do Congresso Nacional expressa e autônoma previsão legal para fins de responsabilização penal pelas práticas de atos discriminatórios contra os integrantes do grupo LGBT+”¹²³.

Concluindo, Braga assenta que:

“Em se reconhecendo a omissão legislativa para fins de responsabilização penal em decorrência da prática de homofobia e transfobia, não caberia ao Poder Judiciário inovar, sob o ponto de vista legal, equiparando os atos discriminatórios em face dos integrantes do grupo LGBT+ ao crime de racismo, incurso nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89.

A considerar os princípios da reserva legal, da separação dos poderes e, em última análise, da intervenção mínima do direito penal, o STF, quando do julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, jamais poderia ter decidido pela criminalização dos atos de homofobia e de transfobia, sem qualquer interferência do Legislativo e, portanto, sem lei em sentido formal nesse sentido. Assim procedendo, a suprema corte brasileira, que deveria ser guardiã do texto da Constituição, conferiu provimento que

¹²¹ Idem.

¹²² BRAGA, Matheus Andrade. A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no "caso da homofobia". In: CAMPO, Juliana Cristine Diniz. Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira. Fortaleza: Mucuripe, 2019. Cap. 8. p. 141-158. p. 154.

¹²³ Idem.

macula veementemente garantia constitucional, pondo em xeque a legitimidade de sua atuação”¹²⁴

Pois bem. Entendidas as críticas que permeiam o julgado, passa-se, finalmente, à análise dos argumentos suscitados pelos Ministros do STF, que, em maioria, negam de maneira contundente as críticas acima esposadas.

3.2.3. O discurso vencedor no Supremo Tribunal Federal: uma defesa da legalidade

Dentre todos os votos proferidos no MI 4.733 e na ADO 26, o voto do Min. Celso de Mello, relator na ADO 26, é o mais complexo e prolixo. Tendo sido o voto que abriu a sessão de julgamento, o texto conferiu ao Ministro diversos elogios de seus companheiros de Corte, que se declararam influenciados e se valeram dos argumentos suscitados pelo Ministro. Em razão de sua importância e clareza, o voto do Ministro Celso de Mello será tido como base nessa análise. Além disso, também se mostra interessante comparar como o Ministro Celso de Mello enfrenta, em seu vitorioso voto, a questão da legalidade penal, visto que, em 2015, manifestando-se brevemente sobre o assunto em despacho já mencionado neste trabalho, o Ministro parecia concordar com as críticas no sentido de ser impossível o pedido de criminalização formulado.

Com um total de dezoito tópicos, o voto do Ministro Celso de Mello não se limita a esposar os fundamentos jurídicos de sua decisão. Pelo contrário, o relator aproveita a oportunidade para celebrar o Estado Democrático de Direito, a pluralidade de ideias, e o próprio STF, órgão que, através de sua função contramajoritária, faz prevalecer, “no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República”¹²⁵. Ao longo do voto, o Ministro também dedicou diversas seções à conceituação de termos como “identidade de gênero”, “sexualidade” e “homofobia”, sobre as quais não iremos nos deter, além de rechaçar a noção de “ideologia de gênero”.

É, sem dúvidas, um voto que deixa evidente o respeito do Ministro pelo tema, que não se furta de reconhecer o quanto o gênero e orientação sexual são partes essenciais da personalidade dos indivíduos, assentando que negar-lhes a proteção devida importa negar-lhes a liberdade

¹²⁴ Idem, p. 156.

¹²⁵ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 36.

existencial e a dignidade humana, e, em última análise “o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência”¹²⁶. Em síntese, e servindo como um excelente demonstrativo do teor crítico que permeia a íntegra do voto, é a seguinte passagem:

“Essa visão de mundo, Senhores Ministros, fundada na ideia, artificialmente construída, de que as diferenças biológicas entre o homem e a mulher devem determinar os seus papéis sociais (“meninos vestem azul e meninas vestem rosa”), impõe, notadamente em face dos integrantes da comunidade LGBTQ+, uma inaceitável restrição às suas liberdades fundamentais, submetendo tais pessoas a um padrão existencial heteronormativo, incompatível com a diversidade e o pluralismo que caracterizam uma sociedade democrática, impondo-lhes, ainda, a observância de valores que, além de conflitarem com sua própria vocação afetiva, conduzem à frustração de seus projetos pessoais de vida”¹²⁷

O Ministro Celso começa a enfrentar a questão da legalidade penal no sétimo tópico de seu voto, intitulado “[i]mpossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal”, no qual faz uma defesa do referido princípio, assegurando que eventual posicionamento do STF no sentido de efetivamente criminalizar as condutas homotransfóbicas representaria uma ofensa à separação constitucional de poderes e à reserva absoluta de lei formal em matéria penal. Assim, o relator conclui ser impossível, pois inconstitucional e inconveniente, reconhecer qualquer pedido que implique na definição típica de condutas delituosas pelo STF. Tal afirmação esclarece, desde o primeiro momento, que, para o Ministro Celso, a construção que irá apresentar a seguir não afasta ou viola do princípio da legalidade, distanciando-se, assim, das críticas apresentadas no ponto 3.2.2. desta monografia.

Nos tópicos nove, dez e onze, o Ministro identifica dados da violência homotransfóbica e reafirma o descumprimento do dever de legislar no sentido de criminalizar tais condutas. Em sua visão, a omissão legislativa representa uma lesão ao texto da CF/88, na medida em que o Congresso Nacional falhou em concretizar a proteção penal imposta nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da CF/88, sobretudo quanto às pessoas LGBTQ+. Partindo dessa premissa, no tópico doze, o Ministro indaga as possíveis condutas que o tribunal poderia adotar em face da mora imputável ao Congresso Nacional, sendo elas: (1) a cientificação do Congresso Nacional, nos termos do artigo 103, § 2º da CF/88 e do artigo 12-H, “caput” da Lei nº 9.868/99; ou (2) o reconhecimento, de pronto, que a homofobia e a transfobia, de qualquer maneira que se manifestem, enquadram-se na noção conceitual de racismo prevista na Lei nº 7.716/1989.

¹²⁶ Idem, p. 14.

¹²⁷ Idem, p. 50.

Como já previamente exposto neste trabalho, o STF optou pelo segundo caminho, em virtude, precisamente, da altíssima chance de ineficácia da cientificação do Congresso Nacional, que poderia, apesar da decisão, restar inerte.

Chega-se, então, a uma (aparentemente) insanável contradição: a solução escolhida pelo STF, qual seja, a de colmatação da omissão legislativa, suscitou críticas justamente por vulnerar o princípio da legalidade, pedra angular do direito penal. Ao mesmo tempo, a maioria dos Ministros da Corte, em concordância com as ideias do Ministro Celso de Mello, reconhecem as limitações impostas pelo princípio da legalidade, e sustentam não haver qualquer violação a elas. Assim, exsurge a pergunta: qual teria sido, então, a argumentação adotada pelo STF para justificar a colmatação da omissão legislativa sem representar ofensa ao princípio da legalidade? A importante resposta é veiculada no tópico 12.2 do voto do Ministro Celso de Mello, intitulado “*enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/1989*”.

Como visto em momento anterior deste trabalho, o STF entendeu que o artigo 5º, incisos XLI e XLII da CF/88 são verdadeiros mandados de criminalização de condutas discriminatórias, e no que tange ao inciso XLII, a Constituição determina a específica criminalização do *racismo*, termo muito explorado pelo relator em seu voto. De acordo com o Ministro Celso de Mello, a CF/88, na linha de diversos documentos internacionais, dentre os quais a Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais de 1978¹²⁸, buscou combater todas as formas de discriminação racial, o que importa em uma adoção do termo “raça” em ampla acepção, para abarcar também a população LGBT+. Solidificando a sua posição, o Ministro relembra que o STF já havia se filiado a um conceito amplo e social do termo raça quando do julgamento do HC nº 82.424/RS. Na oportunidade, a Corte adotou posicionamento esposado em parecer de lavra de Celso Lafer, que define raça nos seguintes termos:

“O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles

¹²⁸ Logo em seu primeiro artigo, o documento prevê que “§1. Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem. Nasceram iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade.” E continua: “§2. Todos os indivíduos e os grupos têm o direito de serem diferentes, a se considerar e serem considerados como tais. Sem embargo, a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem em nenhum caso servir de pretexto aos preconceitos raciais; não podem legitimar nem um direito nem uma ação ou prática discriminatória, ou ainda não podem fundar a política do apartheid que constitui a mais extrema forma do racismo.”. Para o Ministro Celso de Mello, o documento sinaliza a adoção de um conceito unitário de raça também no plano internacional.

atribuindo as características de uma “raça” para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma “raça” – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que “raça” é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade.”¹²⁹

Nessa lógica, o *racismo*, tal como previsto no artigo 5º, inciso XLII da CF/88 deve ser concebido como “um processo de discriminação e exclusão sociais de um grupo em relação a outros”¹³⁰. Na esteira desta linha de pensamento, afirma o Ministro Celso de Mello:

“Em uma palavra: nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus; nem homossexuais, nem transsexuais; nem cisgêneros, nem transgêneros. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.”¹³¹

Nota-se, portanto, que o “caso da homofobia” (como se convencionou chamar o julgamento do MI 4.733 e da ADO 26) não foi a primeira vez em que o STF foi instado a se manifestar sobre o conceito de raça, e muito menos representa uma criação inédita da Corte. Pelo contrário, o caso guarda diversas similaridades com o também midiático e controverso Caso Ellwanger, decidido pelo STF no HC nº 82.424/RS, cujo estudo aprofundado se faz necessário para melhor compreensão da tese fixada no MI 4733 e na ADO 26.

Naquele caso, o STF teve que se debruçar sobre habeas corpus que tinha como paciente Siegfried Ellwanger, condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela prática do delito previsto no artigo 20 da Lei Antirracismo em razão de ter publicado livros com conteúdo considerado antissemita. O impetrante alegava, em síntese, que a condenação nos termos do supracitado artigo não necessariamente importava em condenação pelo crime de racismo, visto que a discriminação praticada por Ellwanger teria natureza religiosa, e não racial.

¹²⁹ LAFER, Celso. Parecer: o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>. Acesso em: 16 mai. 2021.

¹³⁰ Idem, p. 113.

¹³¹ Idem, p. 112.

Na oportunidade, o STF denegou a ordem de Habeas Corpus, e fixou o entendimento de que inexistem qualquer outra raça que não a raça humana, visto que não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Abaixo, estão destacados os trechos mais importantes da ementa:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. (...) ¹³²

Vê-se, portanto, que foi no HC nº 82.484/RS que o STF primeiro assentou que o conceito de “raça” não está limitado a critérios puramente fenotípicos, até porque, em realidade, não existiria mais de uma raça. Raça seria, nesse sentir, uma construção artificial, arbitrária e subjugante que se baseia em hierarquias postas com o intuito de criar mecanismos para justificar a desigualdade e impor a noção de superioridade de um determinado grupo de pessoas sobre outro. O entendimento foi inteiramente retomado pelo Min. Celso de Mello, para quem:

“[A] noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de “raça” – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.”¹³³

¹³² BRASIL, 2003, *op. cit.*

¹³³ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 115.

Extraí-se, assim, do voto do Ministro Celso de Mello, que o STF reasentou a sua jurisprudência ao julgar o “caso da homofobia”, uma vez que se valeu de conceito de racismo que já encontrava guarida na Corte em 2006, o que, por si só, basta para afastar críticas no sentido de que o STF teria feito “ilusionismo” na interpretação dos tipos penais que coíbem o racismo. Afinal, se a Corte entende que o racismo deve ser lido numa acepção primordialmente social, resultante da conjugação de dois fatores, quais sejam, “a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades, tanto no domínio público quanto na esfera privada”¹³⁴, não resta outra opção senão reconhecer que a homotransfobia também é uma manifestação racista, o que foi, de fato, feito¹³⁵. Como conclui o Ministro Celso de Mello, ambos os fatores estão presentes nos atos discriminatórios em razão de identidade de gênero e orientação sexual, pelo que existe uma relação de essencial correspondência entre racismo e homofobia, sendo a configuração de atos homofóbicos e transfóbicos uma “forma contemporânea de racismo”¹³⁶.¹³⁷ Destarte, a criminalização se manifesta não como uma das soluções possíveis para um problema complexo, mas como expresso mandamento constitucional, que não pode ser desrespeitado.

¹³⁴ *Idem*, p. 119.

¹³⁵ Em livro sobre o tema, Paulo Iotti Vecchiatti, autor das ações, justifica a inteligência de que é a homofobia espécie do gênero racismo nos seguintes termos: “a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas LGBTI+ são marcadores sociais que as fazem ser inferiorizadas de forma estrutural, sistemática e institucional ao longo da história. São tratadas como ‘exóticas’, relegadas a papéis sociais e trabalhos secundários (com demissões ou não contratações quando se descobre serem LGBTI+), consideradas pessoas ‘degeneradas’ (longe do ‘modelo’ heterossexual cisgênero) e ‘perigosas’ por grande parte da sociedade, uma ‘raça do demônio’ como neonazista afirmou, certa vez, no SBT, em 2014. Enquadram-se, assim, em todos os elementos do racismo, não por “analogia”, mas por precisa identidade conceitual. (in VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. Bauru: Spessoto, 2020. p. 146)

¹³⁶ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 119.

¹³⁷ Pontue-se que, para Paulo Iotti Vecchiatti, autor das ações, o conceito de racismo adotado pelo STF no HC nº 82.424/RS e na ADO 26 poderia ser ainda mais restringido, visto que, enquanto a Corte fala em racismo como a inferiorização de um grupo social relativamente a outro, o autor entende que melhor seria entender o racismo como “as discriminações estruturais, sistêmicas, institucionais e históricas, justamente para que não seja qualquer coisa que seja considerada como racismo. (...) o conceito constitucional de racismo (político-social) do STF garante uma racionalidade que justifica os atuais critérios da Lei Antirracismo (relativamente a minorias e grupos vulneráveis), ao se falar em ‘raça, cor, etnia, procedência nacional e religião’, bem como impede que qualquer coisa seja considerada como racismo, por mera decisão legislativa. De sorte que, longe de permitir que qualquer coisa seja considerada como tal, o conceito de racismo do STF, por seus taxativos requisitos substantivos, garante a maior dignidade constitucional da repressão ao racismo relativamente à dignidade constitucional da repressão às demais formas de discriminação (sentido lógico-racional da autonomia do inc. XLII, que fala sobre a repressão constitucional à discriminação racista, relativamente ao art. 5º, XLI, que fala da repressão constitucional às demais formas de discriminação” (in VECCHIATTI, 2020, *op. cit.*, p. 145)

Finalizando sua construção nesse sentido, o Ministro Celso de Mello retoma a defesa do princípio da legalidade, reafirmando que a solução apresentada não fere a importante garantia penal. Isso porque, para o Ministro, não se trata de realizar analogia *in malam partem*, mas de mero processo hermenêutico constitucional, que tem por objetivo a extração, do texto legal, dos elementos necessários à exata aplicação do direito. Assim, não haveria qualquer usurpação da competência do Poder Legislativo, e muito menos estaria sendo empregada analogia *in malam partem*: haveria, tão somente, “subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente, na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social”¹³⁸.

O modelo de decisão de caráter estritamente interpretativo, adotado majoritariamente pelo STF, não importa em extensão de tipos penais ou extensão de legislação criminal, precisamente porque o STF se limitou ao reconhecimento de que atos discriminatórios em razão da identidade de gênero e orientação sexual constituem espécies do gênero racismo, sem que isso altere, de qualquer forma, o conteúdo dos tipos da Lei nº 7.716/1989.

Arrematando o assunto, afirma o Ministro Celso de Mello:

“A própria utilização, na espécie, da técnica da interpretação conforme revela que não se está a proferir, no caso, qualquer sentença de caráter aditivo, mesmo porque, como se sabe, um dos pressupostos para que seja legitimamente proferida uma decisão de perfil aditivo consiste na impossibilidade de o Tribunal resolver a controvérsia jurídica mediante emprego do método da interpretação conforme à Constituição, método este que está sendo adotado para resolver o litígio ora em julgamento, consoante precedentemente por mim assinalado neste voto.”¹³⁹

Conforme exposto anteriormente, o paradigmático voto do Ministro Celso de Mello ecoou na Corte. Em seu voto-relatoria no MI 4.733, o Ministro Edson Facchin assentou que o STF, na qualidade de guardião e intérprete da Constituição, não poderia se furtar de reconhecer a igualdade de tratamento entre o racismo e atos homotransfóbicos, justamente porque, assim como o racismo, “[a] discriminação sexual ou de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor”¹⁴⁰.

¹³⁸ Idem, p. 130.

¹³⁹ Idem, p. 135.

¹⁴⁰ BRASIL, 2020a, *op. cit.*, p. 42.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que, embora não haja dúvidas de que o Poder Legislativo é o órgão que representa a dimensão essencial da democracia, incumbido da edição de normas, o exercício da jurisdição constitucional deve se pautar pela defesa intransigente dos direitos e garantias fundamentais, bem como da vontade da Constituição. Nesse sentido, o cenário de perpétuo desrespeito à Constituição pelo Poder Legislativo autoriza o STF a realizar interpretação conforme à Constituição para colmatar a omissão e corrigir o cenário de proteção deficiente da população LGBTQ+.

O voto do Ministro Roberto Barroso aclarou o forte fator político que circundou todo o julgamento. Afirmou o Ministro que, em outras circunstâncias, seu voto se limitaria à fixação de um prazo de atuação para o Congresso Nacional, mas que, na hipótese, há patente desídia do processo político majoritário, de forma que a vontade constitucional restaria frustrada. Em razão disso, a solução apresentada seguiu na mesma linha daquela do Ministro Celso de Mello. O Ministro também ressaltou que “não se trata (...) da criação de condutas criminosas pela vida judicial, de tipificação por analogia, ou de analogia *in malam partem*. Trata-se, na verdade, de reinterpretar o conceito de raça, de forma consentânea com a definição que o STF lhe atribuiu há mais de quinze anos”¹⁴¹.

A Ministra Rosa Weber esclareceu que o princípio da legalidade é um valor estruturante do Estado Democrático de Direito e do próprio conceito de justiça, razão pela qual seria impossível que o STF criasse um tipo penal, subsumindo-se no lugar do legislador. Ressalta, porém, que a solução apresentada pelo Ministro Celso de Mello não importa em inovação penal, mas em mera interpretação conforme a Constituição em coerência com precedentes do Tribunal, de forma que não haveria qualquer empecilho à submissão de atos homotransfóbicos aos tipos penais da Lei nº 7.716/1989.

O voto do Ministro Luiz Fux também deixou claro o caráter político do julgamento, ao registrar que “[é] justamente por haver homofobia e transfobia, que o poder público deve adotar posturas combativas, que independam de pretensões eleitoreiras. A democracia não se confunde com o princípio majoritário, mas antes abrange a defesa de minorias”. Também partindo do Caso Ellwanger, o Ministro afirmou que o fato de haver um “certo grau de indeterminação no

¹⁴¹ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 299.

conceito de raça enseja uma relativa pluralidade, que não descaracteriza a tipicidade legal da norma penal incriminadora”¹⁴². O Ministro destaca, ainda, que a inclusão de atos homotransfóbicos na Lei Antirracismo não representa um “Estado Penal Máximo”, entendido este como um estado de completa imprevisão e insegurança do sistema jurídico-penal, mas, pelo contrário, reforça os parâmetros previamente estabelecidos pelo legislador, em conformidade com o princípio da legalidade.

A Ministra Carmen Lúcia e Gilmar Mendes também apresentaram votos favoráveis a tese fixada pelo Ministro Celso de Mello, e defenderam que a solução encontrada pelo Plenário em nada vulnera o princípio da legalidade.

Assim é que, oito dos onze Ministros do STF votaram no sentido de colmatar a omissão legislativa com a inclusão da homotransfobia na Lei nº 7.716/1989, até que o Congresso Nacional edite norma posterior. É de se destacar, ainda, que, também por maioria, o julgado somente possui efeitos prospectivos, de forma que as condutas discriminatórias perpetradas anteriormente ao dia 13/06/2019, data de conclusão de julgamento, não poderão ser incluídas na Lei Antirracismo.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que a questão não foi unânime no Tribunal. O Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu o dever de criminalizar a homofobia, bem como o estado de mora do Poder Legislativo, direcionando seu voto no sentido de dar parcial provimento tão somente para cientificar o Congresso Nacional para que tome as providências cabíveis. Isso porque, para o Ministro, solução diversa afrontaria o princípio da legalidade, em linha com as críticas esposas no tópico 3.2.2. O entendimento foi seguido pelo Ministro Dias Toffoli.

O voto mais discrepante foi o de lavra do Ministro Marco Aurélio. Como apresentado no tópico 3.1, o Ministro foi o único da Corte a não reconhecer um dever constitucional de criminalização da homofobia. Em seu voto, o Ministro também teceu considerações sobre o princípio da legalidade, narrando ser inadmissível a ampliação do termo “raça”, utilizado pela Lei nº 7.716/1989, para incluir atos homotransfóbicos, sob pena de usurpar a competência do Congresso Nacional para legislar sobre direito penal. Assim, o Ministro registra que a decisão

¹⁴² Idem, p. 434.

da maioria do STF gera insegurança jurídico-penal, ao abrir o escopo da lei penal para o subjetivismo judicial.

Vale destacar que a oposição do Ministro Marco Aurélio foi sentida antes mesmo do seu voto. Na sessão de julgamento do dia 23 de maio de 2019, o Senado Federal elaborou requerimento de suspensão do julgamento em razão da apresentação do Projeto de Lei nº 860/2019, que busca, justamente, a alteração da Lei nº 7.716/1989 para incluir os crimes de discriminação em razão da orientação sexual e da identidade de gênero. Todos os Ministros, à exceção do Ministro Dias Toffoli e do Ministro Marco Aurélio, votaram pela continuidade do julgamento. Em seu pronunciamento, o Ministro Marco Aurélio registrou que não faltarem processos para serem apreciados pelo Plenário e que o Tribunal caminhava, com quatro votos nesse sentido, para, mediante pronunciamento judicante, criar tipo penal, o que não seria adequado ante a um “pano de fundo muito sensível”¹⁴³. Apesar de o Ministro registrar ser o momento de deferência para com os demais poderes, o julgamento continuou, com a fixação de tese no sentido de criminalizar a homotransfobia, conforme já apresentado neste trabalho.

¹⁴³ BRASIL, 2020b, *op. cit.*, p. 362.

4. (NOVO) PANORAMA DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES APÓS A CRIMINALIZAÇÃO

4.1. A LEI Nº 7.716/1989: QUESTÕES A PARTIR DA “NOVA” LEI DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS LGBT+

Com a decisão proferida pelo STF, os crimes resultantes de discriminação em razão da orientação sexual ou de identidade de gênero passaram, enfim, a encontrar tutela na Lei Federal nº 7.716 de 1989, também conhecida como Lei Caó, assim apelidada em homenagem a seu idealizador e principal defensor, o advogado e jornalista Carlos Alberto Caó, deputado federal entre 1983 e 1991, e uma das poucas pessoas negras a integrar a Assembleia Nacional Constituinte.

Como se extrai da justificativa do projeto de lei que deu origem à Lei Antirracismo, o propósito inicial da legislação era o de promover a reflexão acerca do “papel da população negra, despossuída e excluída de qualquer representação no Estado”, uma vez que, embora o negro tenha deixado de ser considerado escravo em 1888, ainda não teria conquistado a cidadania. Percebe-se, assim, que a Lei Caó nasce, em 1989, de acordo com a redação original do seu artigo 1º, como meio de punição tão somente dos crimes resultantes de raça ou de cor. Em 1990, seu escopo é ampliado pela primeira vez por meio da Lei nº 8.801/1990, que insere o artigo 20, tipificando a conduta de “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. Anos depois, a Lei nº 9.459/1997 altera novamente o artigo 1º, dando-lhe a atual redação, através da qual fixa-se como intuito da Lei Caó a punição “[d]os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Agora, com a interpretação conferida ao termo “raça” pelo STF, em linha com o decidido no já explorado HC nº 82.424 em 2006, há nova ampliação do escopo da lei, o que enseja uma releitura de seus 13 tipos penais para encaixar também condutas tidas como homotransfóbicas. Qualquer que seja o caso, é inegável que se trata de lei penal que visa tutelar o bem jurídico *igualdade*.

Doze dentre os treze tipos penais da Lei Caó, como destaca Santos, são construídos ao redor dos núcleos típicos “impedir”, “negar”, “obstar” ou “recusar”¹⁴⁴. Isso porque os referidos tipos penais cuidam de criminalizar condutas que resultam em limitação ou negação de algum direito a outrem por motivo discriminatório.

A partir da classificação proposta por Santos¹⁴⁵, são cinco as espécies de limitações discriminatórias que a lei visa tutelar. Em primeiro lugar, tem-se os delitos que importam em limitação laborativa. São eles impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos (artigo 3º) ou ao serviço em qualquer ramo das forças armadas (artigo 13), e o crime de negar ou obstar emprego em empresa privada (artigo 4º).

Após, tem-se a limitação à obtenção de serviços ou bens, que abarca os delitos de recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador (artigo 5º), de impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar (artigo 7º), de impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público (artigo 8º), de impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público (artigo 9º), e de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades (artigo 10).

Numa próxima categoria, Santos isola os delitos que importam em limitação à livre locomoção. Além dos artigos 5º, 7º, 8º, 9º e 10º, que, segundo o autor, representam “impedimento de acesso – puro e simples – aos locais ou estabelecimentos neles especificados”¹⁴⁶, ele também aponta o crime de impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos (artigo 11) e de impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido (artigo 12).

¹⁴⁴ SANTOS, Crhistiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010. Edição digital.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

Além das três categorias supracitadas, o autor chama atenção o delito de recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau (artigo 6º), que identifica como sendo uma limitação educacional, bem como o de impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social (artigo 14), que representaria uma limitação à integração familiar e social.

Não é difícil pensar em situações enfrentadas pela população LGBT+ que se adequem aos tipos penais da Lei nº 7.716/1989, apesar de casuísticos¹⁴⁷. Apesar disso, é posicionamento de doutrinadores que se debruçam sobre a Lei Caó que a especificidade de seus tipos penais trabalha em seu desfavor, ante a “dificuldade prática de enquadramento das condutas nos tipos”¹⁴⁸. Por essa razão, o grande destaque da Lei Caó é o seu artigo 20, cuja atual redação lhe foi conferida pela Lei nº 9.459/1997, sendo certo que “a grande maioria das condutas de preconceito e discriminação da [Lei nº 7.716/1989] acaba enquadrada neste artigo”¹⁴⁹, razão pela qual merece análise mais detida.

O referido artigo emprega técnica legislativa muito diferente daquela que orienta os demais artigos da Lei nº 7.716/1989, caracterizando-se por uma maior abstração e generalidade. De uma primeira leitura, é possível perceber o quanto o artigo 20 discrepa dos demais tipos penais da lei, o que faz sentido, considerando que não consta da sua redação original e somente foi inserido à Lei Caó pela Lei nº 9.459/1997, oito anos após sua edição. O artigo 20 é responsável por criminalizar a conduta de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, cominando-lhe pena de reclusão de um a três anos e multa, exceto se o crime for cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, hipótese em que, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, a pena é de reclusão de dois a cinco anos e multa.

A Lei nº 9.459/1997 também foi responsável por inserir o parágrafo terceiro ao artigo 140 do Código Penal, criando a figura da injúria racial, cominando igual pena de reclusão de um a três anos nos casos em que a injúria consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor,

¹⁴⁷ Não são raras notícias sobre pessoas LGBT+ sendo negadas atendimento em bares, restaurantes, e até mesmo meios de transporte. Como exemplo, tem-se o recente caso em que um rapaz de 26 anos foi impedido de fazer uma corrida em um aplicativo de transporte, com o motorista alegando que “gay não entra em [seu] carro”. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/motorista-de-app-recusa-passageiro-gay-nao-entra-em-meu-carro>>. Acesso em 02 mai. 2021.

¹⁴⁸ Santos, 2010, Edição digital.

¹⁴⁹ Idem.

etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Aponta Nucci que tal figura típica “foi introduzida (...) com a finalidade de evitar as constantes absolvições que ocorriam quanto às pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 porque não estavam praticando atos de segregação”¹⁵⁰.

A inserção da injúria racial no ordenamento jurídico, em paralelo ao crime de discriminação previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989 gerou calorosos debates quanto aos limites de cada uma das figuras típicas. A controvérsia, como identificada por Santos, “diz respeito à classificação típica da conduta de quem, normalmente de modo verbal, tece comentários ofensivos utilizando-se de elementos relativos a raça, cor, etnia, credo ou procedência nacional”¹⁵¹. Apesar de já ter havido grande discussão nesse sentido, o autor aponta que os Tribunais vem entendendo – majoritariamente, apesar de alguma divergência – que o crime de discriminação e a injúria racial se distinguem pela possibilidade de identificação de um sujeito passivo. Assim, Santos afirma que “[q]uando a ofensa limita-se estritamente a uma pessoa (...) estaremos diante de injúria qualificada do art. 140, § 3º do Código Penal, em princípio, por somente estarmos a verificar a ofensa à honra subjetiva da vítima”¹⁵², enquanto o crime de discriminação estará configurado sempre que o sujeito ativo externar sentimento negativo a toda uma raça, e não somente a um indivíduo. Essa é, inclusive, a orientação da Corte Especial do STJ¹⁵³.

A distinção fica clara ao pensar-se nos bens jurídicos tutelados por cada uma das normas, quais sejam, a honra subjetiva e objetiva *versus* a igualdade. Não obstante a clareza teórica, é claro que, na prática, tais linhas divisórias se embaçam. Dessa forma, insultos direcionados a uma pessoa LGBT+ em razão da sua orientação sexual ou identidade de gênero configuram, ao menos em tese, o delito de injúria racial. Por outro lado, qualquer fala discriminatória, que pregue o ódio contra a população LGBT+, se enquadraria no artigo 20 da Lei nº 7.716/1989.

Outra controvérsia circundando o tipo penal da injúria racial diz respeito à proporcionalidade da pena abstratamente cominada (1 a 3 anos de reclusão e multa, assim como

¹⁵⁰ NUCCI, *op. cit.* Edição digital.

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³ O STJ firmou tal entendimento na Ação Penal nº 612/DF, de relatoria do Min. Castro Meira, Corte Especial, julgado em 17/10/2012 e publicado no DJe em 29/10/2012.

o crime de discriminação). Nesse sentido, Damásio de Jesus entende que o legislador andou mal, uma vez que, se comparada com a pena de outros delitos (como, por exemplo, do homicídio culposo e do autoaborto), a pena da injúria racial se mostra exagerada¹⁵⁴. Em sentido contrário, para Nucci não há qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade, alegando ser necessário punir tais condutas rigidamente, como forma de garantir a correta vivência interracial no Brasil¹⁵⁵.

Registre-se que há projeto de lei em tramitação (PL nº 3.054/2020), de iniciativa do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), que pretende aumentar a pena da injúria racial (artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal) e do crime de discriminação (artigo 20 da Lei nº 7.716/1989) para o mínimo de três e o máximo de cinco anos de reclusão. O projeto redimensiona, ainda, a pena de todos os outros crimes da Lei Caó para três a cinco anos de reclusão, e, no caso dos artigos 3º, 4º, 6º e 7º, para três a seis anos de reclusão. Por óbvio, trata-se de projeto que causa impactos diretos na tutela penal dos crimes de homotransfobia.

De toda forma, os Tribunais brasileiros, e em especial o STJ, que tem competência para analisar a lei federal, parecem não identificar quaisquer problemas de proporcionalidade nas penas atuais da injúria racial. Inclusive, o STJ já teve a oportunidade de afirmar que a injúria racial é espécie do gênero racismo, de forma que, na esteira do artigo 5º, inciso XLII da CF/88, também seria um crime imprescritível e inafiançável¹⁵⁶. Essa questão, em específico, está *sub judice* no Habeas Corpus nº 154.258/DF, e aguarda posicionamento definitivo do STF.

Como se verá, no que tange, agora, especificamente à criminalização da homotransfobia, há ainda outra controvérsia circundando a injúria racial, particularmente no que diz respeito à aplicabilidade do artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal aos delitos com motivação homotransfóbica. Todavia, por se tratar de questão atinente ao próprio funcionamento do sistema penal, será enfrentada em tópico posterior.

Por fim, apenas para arrematar as demais consequências penais do delito de discriminação homotransfóbica, cumpre destacar que a pena de 1 ano a 3 anos prevista no artigo 20 da Lei

¹⁵⁴ JESUS, Damásio de. Direito Penal: parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Atualização por André Estefam. Edição digital.

¹⁵⁵ NUCCI, *op. cit.* Edição digital.

Antirracismo e no artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal – que serão, invariavelmente, os principais instrumentos penais invocados no combate à homotransfobia – admite a suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei 9.099/95¹⁵⁷, bem como prevê o regime inicial aberto de cumprimento de pena, a teor do artigo 33, parágrafo segundo, alínea *c* do Código Penal¹⁵⁸. Ademais, especificamente a injúria racial somente se procederá mediante representação do ofendido, nos termos do artigo 145, parágrafo único do Código Penal¹⁵⁹.

As considerações supracitadas não se aplicam ao delito de racismo homotransfóbico praticado por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, hipótese em que, em razão da pena qualificada de 2 a 5 anos fixada pelo artigo 20, parágrafo segundo da Lei nº 7.716/1989. Todavia, a despeito do não cabimento da suspensão condicional do processo, será possível, se preenchidos os demais requisitos, o oferecimento de acordo de não persecução penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁶⁰.

Tecidos estes esclarecimentos penais sobre a Lei Caó, fica mais fácil visualizar como se instrumentaliza a punição por atos de homotransfobia após a emblemática decisão do STF. Entretanto, é importante destacar, ainda, algumas dificuldades e preocupações de ordem jurídico-social que decorrem da própria utilização da Lei nº 7.716/1989 e que podem colocar comprometer o intuito de proteção da comunidade LGBT+ que orientou o julgado da ADO 26 e do MI 4.733.

¹⁵⁷ Lei nº 9.099 de 1995. Artigo 89: “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) (...)”

¹⁵⁸ Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal). Artigo 33: “A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.”

¹⁵⁹ Decreto-Lei nº 2.848 de 1940 (Código Penal). Artigo 145: “(...) Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3o do art. 140 deste Código.”

¹⁶⁰ Decreto-Lei nº 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal). Artigo 28-A: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (...)”.

A primeira delas diz respeito à efetividade da Lei Caó. Aponta Daniela Ramos Lima Barreto que “muitos autores reconhecem a sua tímida repercussão prática quanto à efetiva punição dos indivíduos, e acreditam que existe uma resistência a sua aplicação nos tribunais”¹⁶¹. Tal resistência, segundo a autora, se creditaria ao fato de haver insensibilidade e desconhecimento dos operadores do direito com questões atinentes aos direitos humanos, e, ainda, valendo-se das lições de Guimarães e Carneiro, aos efeitos do “mito da democracia racial”, isto é, à noção de que o Brasil seria uma espécie de paraíso racial, “onde não existem tensões e onde os casos de manifestações do racismo e do preconceito traduzidos em discriminações constituem-se muito mais em exceções que em práticas cotidianas”. Nessa esteira, a autora conclui que “a legislação penal antirracista no Brasil terminou por reduzir-se numa legislação simbólica”¹⁶², e que, como tal, não realmente soluciona o conflito que pretende tutelar, assumindo papel puramente dilatório, resultando “[n]a transferência da solução do conflito para outro momento localizado em um futuro indeterminado”¹⁶³.

Não é o escopo do presente trabalho entender os motivos que levaram à ineficácia da Lei Caó, tema que, por sua densidade, merecia um trabalho por si só. Todavia, os dados são confirmatórios de preocupante subutilização da Lei nº 7.716/1989: a título de exemplo, tem-se que de 1989 até 2016, somente se registraram 244 casos julgados de racismo e injúria racial no Rio de Janeiro, uma média de oito por ano no estado¹⁶⁴.

A inefetividade da justiça brasileira em processar e julgar crimes de discriminação racial foi reconhecida inclusive no plano internacional pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, naquele que veio a ficar conhecido como o Caso Simone André Diniz vs. Brasil. Na hipótese, Simone André Diniz se candidatou ao emprego de diarista, e foi prontamente recusada pela empregadora em razão de sua cor. Apesar de Simone ter apresentado notícia crime, o inquérito foi arquivado. Instada a se manifestar sobre o caso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atestou que a dificuldade de acesso à justiça das vítimas de crimes raciais é “lamentavelmente um padrão de comportamento das autoridades brasileiras quando se veem diante de uma denúncia de prática de racismo”¹⁶⁵.

¹⁶¹ BARRETO, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶² *Idem*, p. 39.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/em-30-anos- apenas-244-processos-de-racismo-e-injuria-racial-chegaram-ao-fim-no-rj.ghtml>. Acesso em: 05/05/2021.

¹⁶⁵ Livro do Caio Paiva, p. 540.

Não se pretende, aqui, equiparar o racismo em função da cor da pele com o racismo homotransfóbico consagrado pelo STF, afinal, são formas de opressões distintas que possuem raízes diversas e se manifestam de formas diversas. Todavia, não se pode deixar de perceber que a subutilização da Lei nº 7.716/1989 levanta questões acerca da efetividade da decisão proferida pelo STF, a demandar uma postura ativa da militância LGBTQ+ na verificação da implementação (ou não) da Lei Caó para os crimes de discriminação homotransfóbica. Até o momento de redação do presente trabalho (aproximadamente três anos desde a decisão do STF), não foi possível identificar julgados que apliquem os tipos penais da Lei nº 7.716 aos casos de violência homotransfóbica, todavia, ao que tudo indica, algumas denúncias nesse sentido já foram apresentadas¹⁶⁶. À medida em que se produzam julgados sobre o tema, justifica-se a necessidade de novo trabalho que analise a linguagem utilizada pelos Tribunais, bem como o trâmite dos crimes de homotransfobia, para entender como a decisão do STF e a subsunção de tais condutas à Lei Antirracismo estão (ou não) auxiliando no combate à homotransfobia. De igual maneira, se, com o passar do tempo, o quadro de escassez de julgados por crimes de homotransfobia se mantiver, também se mostraram necessários estudos que se debrucem sobre a potencial ineficácia dos julgados aqui comentados e seus motivos.

Uma segunda preocupação que decorre da utilização da Lei nº 7.716/1989 diz respeito à invisibilização da negritude, como identificada por Wallace Corbo¹⁶⁷. Aduz o autor que “ao afirmar que a homotransfobia é vertente do crime de racismo, o STF consolidou um tipo inédito de racismo”¹⁶⁸, qual seja, o racismo social, “que garante controle, dominação e subjugação dos *outsiders*. Racismo não é mais sobre raça, é sobre exclusão, pela cor de pele ou não”¹⁶⁹. Para o autor, essa construção é desnecessária, visto que o bloco de constitucionalidade, notadamente os artigos 3º, inciso IV e 5º, inciso XLI da Constituição Federal já protegeria todos os grupos vulneráveis da sociedade brasileira; além disso, a construção também é especialmente perniciosa à população negra, na medida em que “a luta contra o racismo se converte em mera

¹⁶⁶ Em janeiro de 2020, o Ministério Público do Estado do Paraná noticiou que, em novembro de 2019, foi realizada denúncia por crime de homofobia. Disponível em: <http://mprp.mp.br/2020/01/22248,10/LGBT+Ifobia-e-crime-e-ja-comeca-a-resultar-em-denuncias-criminais.html>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁶⁷ CORBO, Wallace. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>. Acesso em 29 abr. 2021.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Idem.

luta genérica contra opressões”. Para Corbo, o racismo social é capaz de invisibilizar a negritude no texto constitucional, na medida em que:

“foi para combater a discriminação contra a população negra no Brasil e no mundo que a Assembleia Nacional Constituinte fez constar expressamente no texto constitucional o compromisso com o combate ao racismo (...) a subjetividade constitucional da negritude se dilui – e o sujeito concreto negro é absorvido pelo sujeito abstrato de direito que tem o igualmente abstrato direito à não discriminação”

A inquietação do autor no sentido de que “a nova formulação do conceito de racismo pode enfraquecer, mais uma vez, o reconhecimento constitucional do povo negro que, pensava-se, a Constituição consolidara em 1988” é pungente, e, sem sombra de dúvidas, aponta para a necessidade de se analisar a forma como o conceito de *racismo social* será trabalhado pelas instituições doravante. De toda maneira, apesar de entender necessário pontuar os riscos da construção de racismo social para o movimento negro, a temática é demais densa e não está abrangida pelo escopo do presente trabalho, ficando, aqui, a provocação, para que possa ser explorada em texto futuro.

Realizadas as considerações sobre a Lei nº 7.716/1989 e sua utilização para os delitos homotransfóbicos, passa-se agora à análise do próprio sistema penal como meio para a tutela dos direitos LGBT+.

4.2. (IN)APTIDÃO DO SISTEMA PENAL PARA A TUTELA DOS DIREITOS LGBT+

4.2.1. Uma análise em abstrato: funções do direito penal e a viabilidade de se falar em um “direito penal dos vulneráveis”

Ao buscar a criminalização da homotransfobia junto ao STF, o movimento LGBT+ parece transmitir ideia de que, em última análise, o direito penal é um instrumento capacitado para a promoção de direitos. Trata-se, contudo, de noção descreditada pela dogmática penal, para quem “o modelo punitivo é pouco apto a solucionar o conflito; quando prisoniza alguém não resolve o conflito, mas sim o *suspende*, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, exclui a vítima”¹⁷⁰.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, et al. *op. cit.* p. 87.

A partir dessa noção de Zaffaroni, faz-se necessário investigar se o direito penal, abstratamente considerando, seria ou não um meio útil à proteção de direitos da população LGBT+, o que demanda um estudo das suas funções. Cirino dos Santos identifica que o direito penal possui funções declaradas (ou manifestas) e funções reais (ou latentes)¹⁷¹. Em seu discurso oficial, o direito penal se apresenta como um instrumento calcado na neutralidade que atua como o braço do Estado responsável pela garantia dos bens jurídicos mais importantes para a vida humana, dentre os quais pode-se citar a própria vida, a liberdade, a igualdade, o patrimônio, a sexualidade, a família, dentre outros. As funções declaradas do direito penal, isto é, seus objetivos, estão estampados na lei, sua fonte formal. Entretanto, Cirino dos Santos adverte para o fato de que existem fontes materiais do direito penal, não escritas, que estão ligadas ao seu modo de produção. Do estudo dessas fontes, é possível extrair o verdadeiro significado político do direito penal, isto é, suas funções reais.

Sintetizando os objetivos latentes da justiça criminal, Cirino dos Santos pontua que:

“[O direito penal é] instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas, esclarecendo, completamente, a formação econômica das classes sociais nas relações de produção e a luta política dessas classes sociais no terreno das ideologias (...) O Direito Penal e Sistema de Justiça Criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações da ordem social, econômica e política institucionalizada, garantindo todos os sistemas e instituições particulares, bem como a existência e continuidade do próprio sistema social, como um todo”¹⁷²

Adotando-se as lições de Cirino dos Santos como premissa, o direito penal exsurgiria como meio inócuo para a garantia de direitos, sobretudo de direitos de grupos historicamente marginalizados. Afinal, se o direito penal nada mais é do que instrumento de controle social a serviço de uma maioria, não é crível que ele possa garantir direitos de uma minoria socialmente rechaçada.

Não custa lembrar que o direito penal foi o instrumento escolhido, durante muito tempo, para o exercício do controle estatal sobre os corpos, afinal, até 1830, a *sodomia* era considerada crime no Brasil. Embora nunca mais tenha havido um tipo penal que expressamente

¹⁷¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷² Idem, p. 8/9.

criminalizasse a homofobia desde então, “demonstrações públicas de atos considerados homossexuais foram, por muito tempo, interpretadas como ‘atos obscenos’ ou ‘atentado público ao pudor’”¹⁷³. Não obstante, não foram poucas as tentativas, na década de 1930, de se incluir no projeto do atual Código Penal um tipo penal que criminalizasse o *homossexualismo* (sic)¹⁷⁴. E, apesar de a população LGBTQ+ brasileira, no geral, felizmente não mais ter a sua existência criminalizada, não se pode olvidar que o Código Penal Militar ainda prevê o delito de “pederastia ou outro ato de libidinagem”¹⁷⁵ e que a homossexualidade resta conduta criminosa em 70 nações membros da ONU, o que corresponde a um total de 35% das 193 nações-membro¹⁷⁶.

Acresça-se a estas informações o fato de que a dogmática penal foi (e ainda é) construída a partir de olhares doutrinários de homens, brancos e heterossexuais, de maneira que alguns conceitos caros à comunidade LGBTQ+ acabam sendo tratados de maneira indevida. Sobre este tópico, vale citar o levantamento realizado por Cristiane Brandão Augusto, Larissa Freira de Oliveira Barbosa, Paloma Cunha Santarem e Thamires Oliveira Pereira, em artigo sobre o feminicídio, no qual as autoras reconhecem que “os doutrinadores penais, em geral, não se valem do critério da autoidentificação”¹⁷⁷ para a compreensão do que significaria o homicídio por “razões de sexo feminino”, previsto no artigo 121, parágrafo segundo, inciso VI do Código Penal, de maneira a excluir as mulheres trans da proteção penal inaugurada pela Lei nº 13.104/2015. Os doutrinadores indicados pelas autoras, na contramão do definido em documentos internacionais como os Princípios de Yogyakarta, afirmam que o critério para a definição de quem se enquadra como mulher deve ser o registro civil, sendo certo que autoridades na seara penal, como Bitencourt, exigem a cirurgia de transgenitalização. Tanto Bitencourt quanto Greco recorrem, ainda, “a um manual de medicina legal para definir o ‘transexualismo ou síndrome de disforia sexual’ numa perspectiva psicológica”¹⁷⁸. Interessante notar, ainda, que Bitencourt também questiona se seria possível que o homem homossexual que

¹⁷³ PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. Iniciação científica: destaques, v. 1, p. 313-392, 2007. p. 357

¹⁷⁴ Idem, p. 364.

¹⁷⁵ Código Penal Militar. Artigo 235: “Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.”

¹⁷⁶ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/relacao-homossexual-e-crime-em-70-paises-mostra-relatorio-mundial.shtml>. Acesso em: 05 mai. 2021.

¹⁷⁷ AUGUSTO, Cristiane Brandão; BARBOSA, Larissa Freire de Oliveira; SANTAREM, Paloma Cunha; PEREIRA, Thamires Oliveira. Feminicídio: colunas partidas do sistema penal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 153. ano 27. p. 207-24. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

¹⁷⁸ Idem.

“por opção sexual (sic), [acaba] exercendo na relação homoafetiva masculina a ‘função de mulher’”¹⁷⁹, posicionando-se negativamente. Tudo a evidenciar que a linguagem da doutrina penal ainda reflete posicionamentos que não estão em consonância com ideais de inclusão e proteção da comunidade LGBTQ+.

Considerada a verdadeira função do direito penal, bem como o seu uso histórico como meio de perseguição à comunidade LGBTQ+, é possível perceber, tão logo, uma contradição, ao menos *prima facie*, em se buscar justamente a tutela penal para os direitos LGBTQ+. Tal contradição, por si só, é representativa de uma mudança de paradigma: o instrumento do Estado anteriormente tido como um *inimigo* a ser combatido, torna-se um aliado, ainda que pontual.

Vale destacar que a busca ao direito penal não é uma característica exclusiva da comunidade LGBTQ+, sendo certo que processo semelhante também se deu com o movimento negro, que durante muito tempo lutou pela criminalização do racismo, e também com o movimento feminista¹⁸⁰, cuja luta (e conquista) mais recente foi pela criminalização do feminicídio, recentemente inserido ao Código Penal como uma qualificadora do crime de homicídio pela Lei nº 13.104/2015. Para Barreto, esse movimento de minorias que buscam o direito penal está dando surgimento a um “direito penal dos vulneráveis”¹⁸¹, “assim entendido como a produção legal, fruto da mobilização de segmentos que buscam legislar no Direito Penal a afirmação de suas especificidades e a satisfação da necessidade de reconhecimento de suas identidades e de suas demandas por proteção”¹⁸².

Para a autora, a aproximação entre os movimentos sociais e o direito penal é uma estratégia adotada pela militância como forma de alcançar um nível de reconhecimento e estima social desejável¹⁸³. Dessa forma, a própria luta pela criminalização seria indicativa de que há uma crença no sistema penal para a garantia do reconhecimento social e da igualdade.

O *modus operandi* do “direito penal dos vulneráveis”, como descrito por Barreto, é caracterizado por uma “tendência ao recrudescimento da resposta penal, fundada em uma lógica

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, vol 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição digital.

¹⁸⁰ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 116.

¹⁸¹ A expressão, que, à primeira vista é surpreendente por sua inerente contradição, foi cunhada por Barreto, e é o título de sua dissertação.

¹⁸² BARRETO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸³ *Idem*, p. 150.

reativa eleita pelos movimentos sociais”¹⁸⁴. Expandindo sobre essa temática, a autora afirma que, ao se socorrerem do direito penal, os grupos vulneráveis estariam buscando uma forma de “rever o passado de violências, subalternizações e invisibilidades a que foram submetidos, agora não mais sendo os que sofrem a violência, mas o que manejam a violência”¹⁸⁵, redundando, enfim, em uma proposta meramente retributiva.

Além disso, o “direito penal dos vulneráveis” também importaria em uma hipertrofia da função simbólica, na medida em que estariam “os movimentos sociais [buscando] por meio dos instrumentos de controle do direito penal, na coerção pela ameaça da pena, ver seus valores e formas de vida valorizadas”¹⁸⁶. A autora denuncia esse uso do direito penal, uma vez que considera que a superação da injustiça a que estão submetidos os grupos vulneráveis somente se dará através de transformações de ordem político-econômica e de desconstrução de padrões culturais institucionalizados e que o direito penal não pode ser invocado para o cumprimento deste múnus, sob pena de se admitir uma conotação “ético-social” ao direito penal¹⁸⁷. Em suas palavras, “admitir que o direito penal seja utilizado como mecanismo de fixação de determinados valores significa permitir que este atue na esfera interna do indivíduo (...) e isto, sem dúvida, é impróprio a um direito penal fundado num sistema de garantias”, uma vez que afrontaria ao próprio processo de secularização do direito, trazendo de volta ao direito penal um viés moral.

Com efeito, a autora acredita que a estratégia adotada pelos movimentos sociais não possui qualquer efeito prático, na medida em que se busca promover a inclusão através de um sistema calcado na exclusão, pleiteando direitos de um instrumento criado pelo Estado para violá-los¹⁸⁸. Nesse sentido, a criminalização da homotransfobia careceria de legitimidade, na medida em que o sistema penal é inapto para a garantir o reconhecimento e a proteção da comunidade LGBTQ+.

Trazendo as lições da autora para o ponto nodal deste trabalho, os objetivos que motivaram a busca criminalização da homotransfobia, quais sejam, a promoção da igualdade e a redução da criminalidade contra a população LGBTQ+, restarão inalcançados, na medida em

¹⁸⁴ Idem, p. 153.

¹⁸⁵ Idem, p. 157.

¹⁸⁶ Idem, p. 158.

¹⁸⁷ Idem, p. 159/160.

¹⁸⁸ Idem, p. 144.

que, segundo Barreto, “o direito penal anula os indivíduos, subtrai-lhes o conflito, não oportuniza, portanto, que o não-reconhecimento gerador do conflito seja suplantado”¹⁸⁹. Em últimas palavras: “o direito penal não tem o condão de mudar a vida de alguém para melhor, muito pelo contrário; já foi apontado como injusta distribuição de dor sem nenhum outro resultado prático”¹⁹⁰.

Mais do que inócuo, Barreto adverte que o uso do direito penal pelos grupos vulneráveis pode se mostrar uma verdadeira armadilha, na medida em que a criminalização pode ofuscar o cerne da questão e fazer cair no esquecimento demais esforços no combate à discriminação:

“Ainda do ponto de vista político-social, não é demais repisar que o maior prejuízo da convocação do Direito Penal, como protagonista das operações de “erradicação de vulnerabilidades”, é afastar as medidas do palco de operações em que seriam realmente eficazes, isto é, se afasta os problemas das verdadeiras políticas públicas de promoção de igualdade, das verdadeiras ações de promoção e afirmação de Direitos Humanos, fundadas no ataque às causas dos problemas, que foquem a questão da redistribuição igualitária e as questões relacionadas ao reconhecimento de identidades.”¹⁹¹

O entendimento de Barreto não está distante daquele que parece preponderar entre os doutrinadores das ciências criminais. Afinal, como afirma Massiero, “tendo por base [o] entendimento de que é injustificável a pretensão de modificar crenças e valores por meio da intervenção penal, muitos pesquisadores do campo criminal chegarão à conclusão de que a criminalização da homofobia seria ilegítima à luz de um direito penal democrático”¹⁹². Nos parece seguro afirmar que, para esses autores, somente “ações transformativas, que promovam melhor distribuição de bens materiais e de oportunidades e modifiquem padrões culturais que determinam a subalternização de indivíduos ou grupos”¹⁹³ seriam eficientes no combate aos atos de homotransfobia.

Conquanto seja verdade que ações no campo civil, da educação e da cultura, são essenciais para a superação das barreiras infligidas pela homotransfobia, é inegável que a

¹⁸⁹ Idem, p. 170.

¹⁹⁰ Idem, p. 167.

¹⁹¹ Idem, p. 163.

¹⁹² MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 124.

¹⁹³ BARRETO, *op. cit.*, p. 156.

militância LGBTQ+ tem ciência e também acredita nisso¹⁹⁴. É dizer: o recurso ao direito penal não é indicativo de uma crença cega no sistema de justiça criminal para solucionar um problema tão complexo como a homotransfobia, e também não importa em um abandono dos demais projetos de conscientização e educação em direitos carreados pela comunidade LGBTQ+. O que o movimento LGBTQ+ quer, a bem da verdade, é fortalecer a sua luta, valendo-se de um marco penal, justamente porque o caminho para a construção de ações transformativas e desconstrução de padrões culturais não é linear¹⁹⁵. Para demonstrar a ausência de linearidade, Massiero cita o Projeto Escola sem Homofobia, cujo principal intuito era a promoção da aceitação da diversidade, que foi censurado pelo governo em 2011 após forte pressão engendrada por parlamentares e grupos religiosos fundamentalistas. Nesse ponto, vale fazer um adendo para recordar que o Projeto Escola sem Homofobia foi alvo justamente da “violência conceitual”, mais bem explicada no ponto 1.1. deste trabalho.

Prosseguindo, também não nos parece adequado afirmar que a criminalização da homofobia descambaria num uso ético-social do direito penal, como uma tentativa de impor valores considerados caros pela comunidade LGBTQ+. Do contrário, a criminalização da homofobia desponta, como mais bem desenvolvido no ponto 3.1. desta monografia, como uma promessa constitucional de promoção da igualdade e, em última análise, da própria dignidade humana. Desse modo, a criminalização não busca promover a conscientização de valores, num uso educativo do direito penal, e sim assegurar valores constitucionalmente previstos¹⁹⁶. Como bem pontuado por José Reinaldo de Lima Lopes, “não é uma luta pelo convencimento da maioria quanto ao valor de uma minoria, mas uma luta pelo pluralismo”¹⁹⁷.

De igual maneira, lutar para que o direito penal tutele valores constitucionalmente consagrados não significa confiar a ele a solução dos problemas. Não se trata, portanto, de enxergá-lo como “grande organizador axiológico do mundo, que fundado na autoridade conferida pela coerção da pena, será capaz de extinguir discriminações, violências reais e simbólicas e toda sorte de violações a que são submetidos o indivíduos em razão de suas

¹⁹⁴ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 119.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 120.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 125.

¹⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. “O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas”. In: RIOS, Roger Raupp. Caderno de Direito Constitucional. EMAGIS: Porto Alegre, 2006, p. 24-54 *apud* MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 125.

especificidades”¹⁹⁸. Também não se trata de confiar na função declarada do sistema penal, tal como identificada por Cirino dos Santos, de tutela dos bens jurídicos mais relevantes.

Em nosso sentir, não se mostra contraditório reconhecer que o direito penal é um sistema de controle social a serviço de uma maioria que não está afeita aos interesses da população LGBT+ e que a criminalização não será capaz, por si só, de imprimir grandes resultados na luta contra a discriminação e, ao mesmo tempo, entender que o direito penal é um fato social¹⁹⁹ considerado de extrema relevância para a sociedade brasileira. O que vem se percebendo pós-Constituição de 1988 é que o direito penal se transformou “[n]o destinatário de todas as demandas de segurança”²⁰⁰, gozando de imenso prestígio social a despeito de sua completa inaptidão em obstar a criminalidade. É justamente em razão do papel que o direito penal ocupa na cultura que se pode vislumbrar uma legitimidade em abstrato no que tange à tutela penal da homotransfobia²⁰¹.

Em síntese, é inegável que o emblemático julgado do STF que criminalizou a homotransfobia não solucionou o problema, até mesmo porque é *consenso* que o direito penal não é capaz de solucionar problemas, mas tão somente de gerá-los. Quase dois anos após o julgado, a homotransfobia ainda perturba e persegue a população LGBT+ da mesma maneira que fazia antes da Corte finalizar o julgamento. Nada obstante, a toda evidência, “o direito penal, desde sempre, tem desenvolvido um importante papel simbólico que nenhum outro ramo do ordenamento jurídico possui”²⁰². Em igual sentido, Salo de Carvalho coloca que, de acordo com o modelo positivista de ciências criminais enxerga “o criminoso [como a] negação do homem civilizado, o crime exterioriza valores opostos aos da cultura”²⁰³, de forma que, ainda que “a constituição das ciências criminais [seja] homofóbica”²⁰⁴, em abstrato, é impossível negar o papel relevante que o direito penal exerce na cultura.

¹⁹⁸ BARRETO, *op. cit.*, p. 167.

¹⁹⁹ Para Émile Durkheim, “o fato social é reconhecível pelo poder de coerção externa que exerce ou é suscetível de exercer sobre os indivíduos (...) que é geral ao conjunto de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”. (DURKHEIM, E. "O que é fato social?" In: *As Regras do Método Sociológico*. Trad. por Maria Isaura Pereira de Queiroz. 6.a ed. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1972. p. 1-4, 5, 8-11).

²⁰⁰ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 110.

²⁰¹ *Idem*, p. 130.

²⁰² DONINI, Massimo. “El derecho penal frente a los desafíos de la modernidade”. Peru: Ara, 2010 *apud* MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 131.

²⁰³ CARVALHO, Salo de. “Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: *queer(ing) criminology*”. *Boletim IBCCRIM*, ano 20, n. 238, p. 2-3. set, 2012.

²⁰⁴ *Idem*.

Reconhecemos, concordando com Carvalho, que a estratégia realmente revolucionária de rompimento com uma cultura homotransfóbica seria a denúncia do sistema penal, livrando-se de suas estruturas calcadas na lógica punitiva homotransfóbica. Considerada, porém, toda a violência a que está subjugada a população LGBT+, bem como o papel cultural exercido pelo sistema penal e o cenário político de retrocesso de direitos das minorias, trata-se de “exigência que talvez esteja para além das reais possibilidades político-criminais do movimento LGBT+s neste momento histórico”²⁰⁵.

Assim, o peso simbólico da decisão da maior Corte do país parece comunicar, com toda a força faraônica que é atribuída ao direito penal, que a “vida em casal [das pessoas LGBT+] passa a ser legítima e normal, e a violência, a ser ilegítima e anormal”²⁰⁶, o que pode não ser suficiente para erradicar a homotransfobia, mas auxilia nessa luta por direitos tão combatida.

4.2.2. Uma análise em concreto: os riscos da criminalização secundária, revitimização e a questão sub judice da injúria racial

Superada a análise da viabilidade do sistema penal, em abstrato, para a tutela dos direitos LGBT+, passa-se agora a comentar algumas dificuldades de ordem prática sobre o tema. Conforme já adiantado, Carvalho identifica que a constituição científica das ciências criminais é homofóbica. Não contestamos as conclusões do autor, afinal, já foi asseverado que as ciências criminais são instrumento de controle social a serviço de uma maioria, sendo certo que tal maioria é representativa de uma “cultura ocidental regida por uma espécie de ideal do macho ou vontade de masculino que institui como regra a masculinidade heterossexual e que provoca, como consequência direta, a opressão da mulher e a anulação das masculinidades não hegemônicas (diversidade sexual)”²⁰⁷.

Surge, assim, algumas preocupações sobre o manejo do direito penal no combate à luta contra a homotransfobia, notadamente a respeito dos riscos que podem ser gerados pelo

²⁰⁵ CARVALHO, *op. cit.*

²⁰⁶ RIPOLL, Julieta Lemaitre. “O amor em tempos de cólera: direitos LGBT+ na Colômbia”. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 11, dez./2009, p. 79-97 *apud* MASSIERO, 2013, p. 130.

²⁰⁷ CARVALHO, *op. cit.*

processo criminalização secundária e, ainda, da concreta chance de se operar um processo de revitimização.

Para iniciar a análise dessas problemáticas, insta diferenciar entre os processos de criminalização primária e secundária. Criminalização primária é “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”²⁰⁸, constituindo, portanto, uma declaração geral e abstrata do que se considera *crime*. Por outro lado, a criminalização secundária “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado o ato criminalizado primariamente”²⁰⁹. O processo de criminalização secundária é conduzido pelos atores do sistema penal, como os policiais, promotores, advogados, juízes e agentes penitenciários, que não conseguem (e nem teriam como conseguir) concretizar o projeto de criminalização primária; dessa maneira, é certo que apenas uma parte ínfima do programa primário é efetivamente identificado e punido²¹⁰. São as agências de criminalização secundária, isto é, as agências penais que “estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas, e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas”²¹¹.

Ocorre que o processo de criminalização secundária é calcado em uma orientação seletiva, que, para Zaffaroni e Batista, não segue critérios exclusivos das agências penais, mas também é condicionada pelo poder de outras agências, como as agências de comunicação social e as agências políticas. Assim, os autores identificam que a empreitada criminalizante é sempre guiada por “empresários morais”, que podem ser um chefe de polícia, um grupo religioso²¹², e, por que não dizer, uma maioria política que chega ao poder através de forte campanha homotransfóbica.

Ademais, o procedimento de criminalização secundária se pauta por estereótipos, o que resulta na fixação de “uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos”²¹³. Zaffaroni e Batista apontam que a seleção criminalizante secundária conforme o estereótipo condiciona todo o funcionamento das

²⁰⁸ ZAFFARONI, et. al., *op. cit.*, p. 43.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ Idem, p. 43/44.

²¹¹ Idem, p. 44.

²¹² Idem, p. 45.

²¹³ Idem, p. 46.

agências do sistema penal, de modo que ele se torna inoperante para qualquer outra clientela. Justamente porque “as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes”, sobra que delitos praticados por aqueles que fogem ao padrão imposto, e mesmo delitos que comumente não são tidos como preocupantes pelas agências de criminalização secundária, passam despercebidos. Assim é que, crimes mais violentos, como latrocínios e homicídios, crimes patrimoniais, como furtos e roubos, ou crimes mais socialmente estigmatizados, como o tráfico de drogas, acabam por ocupar todo o funcionamento do sistema penal, de maneira que demais crimes, passam ao largo do sistema de investigação penal, restando impunes. A título de exemplo, Zaffaroni e Batista citam os crimes de colarinho branco; entretanto, considerando os baixos índices de utilização da Lei nº 7.716/1989 apresentados no tópico 4.1., nos parece possível afirmar que também os crimes de discriminação racial se encaixam nesse cenário de “cegueira” das agências de criminalização secundária. Da mesma forma, o fato de o sistema penal incidir reiteradamente sobre uma população vulnerável já pré-selecionada por suas agências, sendo excessivamente leniente com aqueles que possuem “acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva”²¹⁴, pode representar um risco de que diversos crimes de *homotransfobia* levados às instâncias penais restem arquivados, a depender do *status social* do autor do fato.

Não ajuda que, como apresentado no primeiro tópico deste trabalho, o conceito de *homotransfobia* seja de difícil compreensão, rigorosamente por se tratar de um “conceito polissêmico para um fenômeno plural”²¹⁵. Em última instância, serão as agências de criminalização secundária que irão imprimir o significado jurídico-penal ao léxico “homofobia” e “transfobia”. Isso é extremamente alarmante, porque estar-se-á conferindo a um sistema homofóbico o poder de dizer o que é ou não é homofobia.

Cite-se, apenas a título de exemplo, que, recentemente, foi noticiado que a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo proveu apelação do apresentador e jornalista José Siqueira Barros Júnior, para julgar improcedente a ação indenizatória intentada por Viviany Beleboni. A ação foi movida por Viviany após o jornalista-réu prestar declarações no sentido de que os homossexuais e transsexuais estariam “arruinando a família brasileira” e que eles seriam uma “raça desgraçada”. A argumentação do Tribunal pela improcedência da

²¹⁴ Idem, p. 46.

²¹⁵ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 24.

ação registrou que o jornalista estaria apenas exercendo o seu direito de liberdade de expressão, dando “mera opinião, que é partilhada por muitos”²¹⁶.

Embora, *prima facie*, o julgado não guarde relação com o objeto ora em estudo, visto que se trata de fato apurado na esfera cível, ele é indicativo de um pensamento cultural majoritário que tende a desmerecer atos de homotransfobia. E é importante perceber que é precisamente essa mentalidade dominante que irá orientar as agências de criminalização secundária no momento de apuração, processamento e condenação dos crimes de homotransfobia.

Aliás, está é a experiência histórica quanto aos demais crimes discriminatórios. Conquanto a homotransfobia seja uma conduta típica e penalmente relevante há pouquíssimo tempo, outras condutas discriminatórias, como o racismo, já o são há mais de trinta anos, e as pesquisas realizadas sobre o tema não concluíram de modo diverso. Apenas para ilustrar, veja-se pesquisa realizada por Gislene Aparecida dos Santos em uma amostra de processos jurídicos de racismo ocorridos na cidade de São Paulo entre 2003 e 2011, através da qual identifica o uso de argumentos jurídicos que impedem a punição em razão da “dificuldade de identificar o racismo quando ele ocorre: amenizações e procedimentos que atenuam a sua visibilidade”²¹⁷. Concluindo, a autora arremata:

“O sistema judiciário, como outras instituições, é uma construção social e está impregnado pela mesma ideologia que transita pela sociedade como um todo. Não é capaz de operar com isenção se não fizer um sistemático esforço de crítica e autocrítica para alcançar os conflitos e as ambivalências presentes nas situações sobre as quais arbitra.”²¹⁸

Como últimas palavras sobre esse tópico, merece ser pontuada, ainda, a questão *sub judice* da injúria racial homotransfóbica, que também guarda relação com o atuar das agências de criminalização secundária.

Neste ponto, é importante lembrar a distinção jurisprudencial entre injúria racial (artigo 140, parágrafo terceiro do Código Penal) e racismo (artigo 20 da Lei nº 7.716/1989), destacada no tópico 4.1. desde trabalho. Enquanto a injúria racial está ligada a ataques à honra de um

²¹⁶ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-10/sikera-jr-absolvido-chamar-homossexuais-raca-desgracada>. Acesso em: 10/05/2021.

²¹⁷ Santos, Gislene Aparecida dos. Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015. p. 205.

²¹⁸ Idem, p. 204.

indivíduo determinado por meio de discriminação de raça, cor, etnia, religião, origem, condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência e, em tese, orientação sexual, o crime de racismo tem como sujeito passivo a coletividade. Dessa maneira, na maior parte das vezes, conflitos discriminatórios são resolvidos na seara penal através da figura da injúria racial, seja porque é mais comum que os insultos preconceituosos sejam dirigidos diretamente a um indivíduo, seja porque é mais tranquilo, de um ponto de vista probatório, afirmar a lesão ao bem jurídico honra que ao bem jurídico igualdade.

Logo após a decisão do STF no MI 4.733 e na ADO 26, indivíduos da comunidade LGBT+ que foram lesionados em sua honra em razão de xingamentos de cunho homotransfóbico foram às delegacias para relatar a ocorrência. Todavia, como informa a ABGLT, parte autora no MI 4.733, em petição de Embargos de Declaração, há notícias de que delegacias em todo o país estão resistindo à lavratura do boletim de ocorrência nesses casos, valendo-se do entendimento de que a decisão STF que determinou a aplicação da Lei nº 7.716/1989 para punição de práticas homotransfóbicas não incluiu o crime de injúria racial. É a informação da ABGLT que as delegacias, quando deparadas com esses casos, têm recorrido ao crime de injúria simples, prevista no caput do artigo 140 do Código Penal, figura que já era utilizada nas hipóteses de homotransfobia antes da decisão criminalizante do STF. Como a ABGLT bem pontua, o entendimento tem a capacidade de retirar grande aplicabilidade prática da decisão que criminalizou a homotransfobia.

Foi em razão dessa crescente interpretação que a ABGLT opôs embargos de declaração visando que o STF declare a possibilidade jurídica do reconhecimento da homotransfobia também como injúria racial. A questão permanece *sub judice*, mas nos parece que o STF irá concluir em favor da ABGLT, reafirmando a decisão de junho de 2019 que criminalizou a homotransfobia e alinhando-se à ideia, já esposada pelo STJ, de que o crime de injúria racial também constitui uma espécie de racismo.

Cabe ponderar se a recusa à lavratura do boletim de ocorrência, nesses casos, pode ser representativa de uma *vista grossa* por parte das agências de criminalização secundária com relação aos delitos de homotransfobia, reafirmando, assim, as premissas de que o sistema penal é homotransfóbico e que seria perigoso confiar-lhe a tutela de direitos LGBT+. Contudo, somente o tempo dirá como que as instituições do sistema penal irão lidar com a homotransfobia e como a decisão do STF irá impactar os direitos da população LGBT+.

4.3. REFLEXÕES PARA O FUTURO: A DECISÃO DO STF COMO UM PONTO DE PARTIDA, E NÃO DE CHEGADA

É inegável que a decisão proferida pelo STF no dia 13 de junho de 2019 representou um marco histórico para a comunidade LGBTQ+, afinal, a criminalização era uma demanda histórica da militância que, reiteradamente, foi frustrada por alianças conservadoras formadas no Congresso Nacional, sempre bradando a pauta da defesa da liberdade de expressão e de crença e da defesa da família tradicional.

A conquista equipara, ainda, o movimento LGBTQ+ a outras pautas identitárias e movimentos sociais, como o movimento feminista e negro. Tais movimentos, que também enfrentam subjugação social violenta e estrutural, lutaram e conquistaram legislações penais protetivas. Assim, “se há tutela penal para os negros, os idosos e as mulheres, não se fundamentaria negar essa proteção à população LGBTQ+, sem que isso transparecesse preconceito velado por parte dos legisladores”²¹⁹

Superada a euforia da conquista, é importante que o movimento LGBTQ+ se preocupe em tirar a decisão do papel, porque, consideradas as colocações feitas no tópico anterior deste trabalho, nota-se que os empecilhos à plena realização da decisão do STF são muitos, e dos mais variados.

Em um primeiro momento, tem-se a dificuldade inerente ao próprio direito penal. Embora seja possível conjecturar que a decisão do STF terá algum efeito social simbólico, mormente porque, enquanto fato social relevante para a cultura, ele é capaz de comunicar ideias e pode “facilitar e impulsionar a mudança relativamente à imagem social da comunidade”²²⁰, não se pode ignorar os consensos no sentido de que, mesmo em abstrato, o direito penal não é um meio adequado para a proteção da população LGBTQ+. Como bem pontua Salo de Carvalho, uma leitura criminológica crítica do direito penal expõe a sua “ferida narcísica, revelando a todos sua absoluta incapacidade de proteção de quaisquer valores, dos mais importantes ao de menor significância social”²²¹.

²¹⁹ MASSIERO, 2013, *op. cit.*, p. 154.

²²⁰ *Idem*, p. 155.

²²¹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015. Edição digital.

A situação ganha contornos ainda mais preocupantes quando analisado o funcionamento concreto, diarista do sistema penal, uma vez que, em última análise, são as agências de criminalização secundária que serão responsáveis por dar significado jurídico-penal ao complexo conceito de “*homotransfobia*”. Ocorre que, porque as instituições penais são um reflexo de uma cultura social majoritária, elas também estão sujeitas a reproduzirem discursos homotransfóbicos. Assim, na contramão de auxiliarem as vítimas LGBTQ+, as instituições penais podem vir a representarem mais um ambiente hostil, sendo grande o risco de que tais vítimas venham a ser revitimizada em tais espaços.

Conforme já pontuado nesse trabalho, não se duvida que a militância LGBTQ+ tenham ciência das armadilhas impostas pelo sistema penal, visto que, historicamente, também lutou contra as garras do direito penal. Todavia, se faz necessário que esforços constantes sejam empreendidos no sentido de dar efetividade às decisões do STF e aproveitar os ganhos que dela podem advir, dentre os quais pode-se citar a possibilidade, ao menos a princípio, de melhorar quantificação dos delitos LGBTQ+ e auxiliar na produção de estatísticas sobre a violência que descende sobre esse segmento social, combatendo o problema indicado no ponto 1.2. deste trabalho acerca da dificuldade em se obter dados da homotransfobia.

De igual maneira, a decisão também pode incentivar as vítimas de atos antidiscriminatórios a ocuparem os espaços penais, levando às delegacias, promotorias e varas criminais demandas que, anteriormente, não eram vistas nesses espaços. Esse processo, se feito de forma correta e combativa, através de uma atuação coordenada de combate à homotransfobia (e também ao machismo e racismo, uma vez que tais opressões estruturais não raro caminham juntas) pode ajudar na desconstrução das práticas homotransfóbicas, racistas e misóginas que orientam o direito penal. Se nos parece cediço afirmar que os serviços da justiça brasileira, especialmente da justiça penal, não estão preparados para receber as demandas da população LGBTQ+, a decisão do STF, agindo como um verdadeiro catalisador, pode levar a uma enxurrada de notícias-crime, de maneira que não há melhor momento para exercer pressão nas instituições, forçando-os a reconhecer e expor as práticas preconceituosas chanceladas pelo Estado contra a população mais vulnerável que deveria proteger.

Ao mesmo tempo, também deve ser exercida vigilância sobre o Poder Legislativo, a quem incumbe, agora, editar legislação que criminalize a homotransfobia. Sem a devida pressão nos

deputados federais e senadores, abre-se campo para que forças eleitorais conservadoras pautarem projetos que podem vir a desconstruir o reconhecimento realizado no MI 4.733 e na ADO 26.

Somente o tempo dirá como e se a decisão do STF impactou de maneira positiva a população LGBT+. Entretanto, nunca é demais alertar que, por si só, a tutela penal não trará benefícios. A criminalização, enquanto medida extrema que iniciou o debate e transmitiu uma mensagem de valorização da igualdade, não será capaz de trazer resultados positivos se não for instrumentalizada pela militância LGBT+. Trata-se, enfim, de enxergar a decisão do STF como um ponto de partida, nunca como um ponto de chegada.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou desenvolver premissas sobre e a partir de um fenômeno recente, qual seja, a criminalização da homotransfobia pelo STF em decisões proferidas no MI 4.733 e na ADO 26. Em tais processos, a maior Corte do país, de maneira inédita, e com evidente intuito de valorização dos direitos das pessoas LGBTQ+, avançou para colmatar uma omissão em matéria penal, qual seja, a ausência de criminalização da homotransfobia, entendida essa como a discriminação em razão das diversas orientações sexuais e identidades de gênero. Desde o primeiro momento, foi possível perceber que o peso da decisão não foi só jurídico: a criminalização da homotransfobia no Brasil se deu em um momento político-social delicado. Apesar de as ações terem sido propostas no início da década de 2010, o seu provimento em 2019, logo após a ascensão de um governo considerado ameaçador pela militância LGBTQ+, parece ter sido uma vitória em um ano de sucessivas derrotas.

Logo no início da pesquisa, foi possível perceber que a análise dos discursos do STF sobre a homotransfobia e a efetiva da criminalização não prescindiam de uma análise sobre a conjuntura que culminou, no dia 13 de junho de 2019, em uma decisão histórica pelo Plenário do STF, bem como sobre os desafios que se colocam após essa conquista do movimento LGBTQ+. Para organizar estas ideias, o trabalho foi dividido em três grandes partes, dispostas em quatro capítulos.

A primeira parte, contida no primeiro capítulo, investiga, sem pretensão de esgotar o tema, o panorama da homotransfobia no Brasil anteriormente à decisão do Supremo. Dessa maneira, foram traçados conceitos iniciais, buscou-se levantar números sobre os crimes com motivações homotransfóbicas (momento em que foi possível constatar a dificuldade em fazê-lo, em razão da escassez de dados) e tentou-se compreender a desídia do Poder Legislativo em relação às demandas da comunidade LGBTQ+, um cenário de verdadeiro déficit democrático. Concluiu-se, assim, que os brasileiros LGBTQ+ viviam (e ainda vivem) um cenário de proteção deficiente que serviu como fundamento para a propositura do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão junto ao STF.

A segunda parte, que engloba os capítulos dois e três do trabalho, cuida, essencialmente, do julgamento. No segundo capítulo, fez-se uma recuperação dos principais aspectos da tramitação. Assim, foram enfrentadas questões a respeito dos procedimentos utilizados, sem se

esquivar de tecer breves comentários de cunho constitucional; também foram analisados os posicionamentos de cada um dos atores processuais, demarcando os argumentos utilizados por aqueles que se posicionaram a favor do pleito e aqueles que se posicionaram contra. Dessa maneira, com a revelação da conclusão do julgamento e da tese fixada pelo STF, foi possível visualizar em que medida cada um dos atores sagrou-se, ou não, vitorioso.

O terceiro capítulo, por sua vez, focou em duas questões de cunho penal identificadas como de extrema relevância para o julgamento do mérito: uma atinente ao próprio dever de criminalizar, e uma atinente ao princípio da legalidade. Pôde-se concluir que o STF asseverou ter a CF/88 comunicado expresso mandado de criminalização da homotransfobia em seu artigo 5º, inciso XLII, precisamente por entender que a homotransfobia é espécie do gênero racismo, posição que enfrentou resistência na própria Corte e na doutrina especializada.

Em relação ao princípio da legalidade, foi primeiro realizada uma análise de suas funções, dada a sua importância incomparável para a dogmática penal. Após, foram enfrentadas as críticas feitas pela doutrina à criminalização da homotransfobia pelo STF, sob a alegação de que a decisão teria vulnerado o princípio da legalidade, debate que, em menor escala, também foi travada entre os Ministros da Corte. Com a análise dos votos, foi possível constatar que o STF enfrentou a questão da legalidade no julgado e demonstrou, de maneira estreme de dúvidas, a sua higidez, ainda que a solução adotada pelo julgamento tenha descambado na tipificação da homotransfobia. Isso porque o reconhecimento da homotransfobia como espécie do gênero racismo não seria uma analogia *in malam partem*, mas sim uma interpretação conforme a Constituição, e em consonância com precedentes anteriores da própria Corte, que desde 2003 tem entendimento firme no sentido de reconhecer o racismo como estrutura social de subjugação de um grupo de pessoas em relação a outros.

A terceira e última parte do trabalho está contida no quarto capítulo, no qual muda-se o enfoque: não mais se está a estudar o julgamento, mas as suas consequências. Constrói-se, assim, um novo panorama da homotransfobia no Brasil, para analisar se a criminalização de fato representa uma vitória para a comunidade LGBT+, ou se se trata de mais uma armadilha, um percalço para uma população cuja vida parece cheia destes.

Partindo da premissa de que o direito penal não é capaz de tutelar bens jurídicos, a despeito do seu discurso oficial, foi realizada uma análise em abstrato e uma análise em

concreto do sistema penal. Abstratamente, foram estudadas as principais funções do direito penal, momento em que foi possível constatar uma contradição, *prima facie*, na busca dos movimentos sociais pela criminalização das violências a que são submetidos, uma vez que o direito penal, historicamente, foi instrumento de perseguição e criminalização dessas mesmas minorias. Neste capítulo, foram analisadas obras de autores que negam qualquer tipo de efeito positivo ao direito penal e de autores que visualizam funções positivas na pena, contrastando-as. Do cotejamento entre as posições esposadas, foi possível concluir que, ainda que o direito penal não se preste a tutela de direitos, mormente de direitos da população LGBTQ+, ele possui um inegável efeito simbólico, sendo certo que o descrédito da comunidade jurídica no direito penal, embora justa, não se reproduz no ideário social brasileiro. Assim, foi possível concluir que, a despeito de não se visualizar, na criminalização, qualquer benefício no sentido de conferir efetiva proteção às pessoas LGBTQ+, diminuindo a incidência da prática de crimes contra essas pessoas, as decisões proferidas pelo STF tem, ao menos, forte efeito simbólico, principalmente em um momento em que a comunidade se mostra tão combatida. Não obstante, as decisões fizeram reacender o debate sobre a homotransfobia não só na sociedade, mas também no Poder Legislativo, tendo em vista a apresentação do Projeto de Lei nº 860/2019 do Senado Federal em fevereiro de 2019, durante o julgamento.

Para a análise em concreto, partiu-se da premissa de que as instituições de criminalização secundária, que realizam o direito penal posto estão inseridas no contexto homotransfóbico da sociedade brasileira, de maneira que são altas as chances de virem a reproduzir as violências que afetam a população LGBTQ+, o que representa um risco de revitimização. Ademais, foi possível constatar que a homotransfobia é um conceito jurídico-penal aberto, que será preenchido através do atuar de delegados, juizes, promotores, defensores e advogados, o que pode se mostrar perigoso para a própria comunidade LGBTQ+.

Dessa forma, entende-se que ainda que se possa conceber que a criminalização da homotransfobia traga efeitos simbólicos, a sua realização em concreto mostra-se perigosa, e demanda efetiva vigilância da militância LGBTQ+. É preciso, nesse momento, que se acompanhe de perto a forma como os casos de homotransfobia estão sendo recebidos e tratados pelas instituições penais, do inquérito até o trânsito em julgado, para que se possa coibir abusos e cobrar do sistema penal a adoção de procedimentos de capacitação para atender a já fragilizada população LGBTQ+, mormente em se tratando de crimes contra travestis, transgêneros e transsexuais, que, não raro, sofrem com a face mais dura da homotransfobia.

A academia terá importante papel nessa vigilância. Embora existam indícios, sobretudo mediante o estudo da criminalização de atos discriminatórios anteriores, como se deu com a criminalização do racismo, ainda faltam dados que permitam a análise de como está se instrumentalizando a decisão do STF. Nesse sentido, a pesquisa realizada nesse trabalho poderá ser refeita para analisar, no futuro, acórdãos de determinados tribunais, peças públicas de inquéritos policiais finalizados, denúncias e demais documentos atinentes ao processo de investigação e condenação criminal, de forma a entender quais condutas estão sendo punidas em razão da homotransfobia, quem está sendo punido e como.

A criminalização da homotransfobia, portanto, apesar de representar uma conquista do movimento LGBTQ+, deve ser tratada com atenção, lida como um mero ponto de partida, um pontapé, e nunca como um ponto de chegada. Não há dúvidas de que o direito penal falhou em atingir seus fins, e, de igual maneira, não irá suceder em solucionar um problema tão complexo e multifacetado quanto a homotransfobia, sobretudo por se tratar, em última análise, de um instrumento homotransfóbico em si mesmo, incapaz de reverter o cenário de proteção deficiente da população LGBTQ+.

E mais: não se pode permitir também que as instâncias de poder estatal deem o problema como resolvido ante a criminalização. A luta pela proteção das pessoas LGBTQ+ não deve, sob pena de fracassar, se restringir ao direito penal. Deve-se continuar marchando pela realização de direitos civis, políticos, sociais, por visibilidade e por aceitação. E embora seja necessário relembrar que a luta continua para muito além do direito penal, também é legítimo que, neste momento, a militância não possa dispensá-lo, afinal, a comunidade LGBTQ+, tão combatida nos anos recentes, precisa de toda a ajuda que conseguir. Espera-se que, num futuro ideal, também a comunidade LGBTQ+ possa denunciar o sistema penal. Até lá, deve-se proceder com cautela, e, sempre, muita resistência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUGUSTO, Cristiane Brandão; BARBOSA, Larissa Freire de Oliveira; SANTAREM, Paloma Cunha; PEREIRA, Thamires Oliveira. **Feminicídio: colunas partidas do sistema penal**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 153. ano 27. p. 207-24. São Paulo: Ed. RT, março 2019.

BARRETO, Daniela Ramos Lima. **Direito Penal dos Vulneráveis: uma análise crítica da busca de reconhecimento por meio do direito penal**. 2013. 205 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013.

BADARÓ, Gustavo. **Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista**. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 10 abr. 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, v. 80, 2020.

BENEVIDES, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2018**. São Paulo: Expressão Popular, ANTRA, IBTE, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial: crimes contra a pessoa**. vol 2. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição digital.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2010. p. 23.

BRAGA, Matheus Andrade. **A legalidade penal em tempos de ativismo judicial: uma análise crítica da decisão do supremo tribunal federal no "caso da homofobia"**. In: CAMPO, Juliana Cristine Diniz. *Nas entrelinhas da jurisdição constitucional: estudos críticos sobre o constitucionalismo à brasileira*. Fortaleza: Mucuripe, 2019. Cap. 8. p. 141-158.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 set. 2020a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 05 out. 2020b.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 02/03/2021.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 mai. 2021.

CARVALHO, Salo de. “Três hipóteses e uma provocação sobre homofobia e ciências criminais: queer(ing) criminology. Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 238, p. 2-3. set, 2012.

_____. **Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 99, p. 187-211, 2012.

_____. **Antimanual de criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2015. Edição digital.

CARDINALI, Daniel. **(Im)possibilidades de Acesso à Jurisdição do STF por Movimentos Sociais: Alguns fatores de limitação.** PUBLICUM, v. 4, p. 126-177, 2018.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro et al. Atlas da violência 2020. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 24/10/2020.

CHAVES, Luís de Gonzaga Mendes. **Minorias e seu estudo no Brasil.** Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 1, n. 1, p. 149-168, 1970.

CLEVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lenio Luiz; PANSIERI, Flávio. **Senso Incomum: Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito.** Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 10 abr. 2021.

CORBO, Wallace. Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>. Acesso em 29 abr. 2021.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DISSENHA, Rui Carlo. **Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal Nacional**. Raízes Jurídicas, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 313-350, jul/dez. 2008.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição da proteção deficiente**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, v. 1, n. 61, p. 93-11, mai/2008/out/2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 353.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Atualização por André Estefam. Edição digital.

JUNQUEIRA, R. D. **Homofobia: Limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas**. Estudos Gays: Gêneros e Sexualidades. Vol. 1, nº 1, Rio Grande do Norte, 2007. p. 1-22.

LAFER, Celso. **Parecer: o caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>. Acesso em: 16 maio 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MATOS, Camila Tavares de Moura Brasil. **A percepção da Injúria Racial e do Racismo entre os operadores do Direito**. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2016.

MATOS, Victor Chagas. et. al. **Dossie LGBT+ 2018**. Rio de Janeiro: RioSegurança, 2018. Disponível em <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/8528204/4225954/DossieLGBT1.pdf>. Acesso em: 02/11/2020.

MASIERO, Clara Moura. **Criminalização da homofobia e política-criminal brasileira: análise crítica do PLC 122/2006**. Sistema Penal & Violência. Porto Alegre: EDIPUCRS, v. 5, n. 2, p. 171-186, jul./dez. 2013.

_____. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais**. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. 167 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal: parte especial**. Vol2. Rio de Janeiro, 2019. Edição digital.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de; MOTT, Luiz. **Mortes violentas de LGBT no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia**. 1. ed. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020.

PRETES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. **História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo**. Iniciação científica: destaques, v. 1, p. 313-392, 2007.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales**. Marid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionalistas, 2002, p. 798-799 apud GAVIÃO, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. **Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 62, nov-dez 2006 (09/55).

SANTOS, Cristiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação**. 2. ed. São Paulo: Ed.Saraiva, 2010. Edição digital.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **Nem crime, nem castigo: o racismo na percepção do judiciário e das vítimas de atos de discriminação**. Revista do Instituto de Estudos Brasileiros, Brasil, n. 62, p. 184-207, dez. 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. 739 p.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: a homossexualidade no brasil, da colônia à atualidade**. 4. ed. [São Paulo]: Objetiva, 2018. Edição digital

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade. Da Possibilidade Jurídica do Casamento Civil, da União Estável e da Adoção por Casais Homoafetivos**, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Método, 2013.

_____. **Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia**. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016>>. Acesso em: 04/04/2021.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **O STF, a Homotransfobia e seu Reconhecimento como Crime de Racismo**: Análise e defesa da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a homotransfobia como crime de racismo. Bauru: Spessoto, 2020.