



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA
APARENTE CONFLITO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

ORIENTANDO (A): GABRIEL BUENO MARTINS
ORIENTADOR (A): PROF. DOUTOR NIVALDO DOS SANTOS

GOIÂNIA-GO
2020

GABRIEL BUENO MARTINS

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

APARENTE CONFLITO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSITUCIONAIS

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Prof. (a) Orientador (a): Doutor Nivaldo dos Santos.

GOIÂNIA-GO
2020

GABRIEL BUENO MARTINS

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

APARENTE CONFLITO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Data da Defesa: 18 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Doutor Nivaldo dos Santos Nota

Examinadora Convidada Prof.(a) Mestre e Doutoranda Eufrosina Saraiva Silva Nota

Dedicatória

Dedico este trabalho e a conclusão do curso à minha heroína.
Meu maior exemplo e inspiração, minha mamãe,
Lourença Bueno Fernandes.

Agradecimentos

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me concedido a graça de cursar Direito e me abençoado durante toda a graduação me concedendo saúde, paz e as condições necessárias para o estudo.

Agradeço a minha família pelo apoio incondicional e, especialmente, o suporte moral e financeiro oferecido pela minha mãe, Lourença Bueno Fernandes, sem a qual eu não teria condições de estudar e me graduar em Direito.

Agradeço ao meu professor orientador Doutor Nivaldo dos Santos por me conduzir brilhantemente na elaboração deste trabalho, bem como agradeço a todos os professores que contribuíram para a minha formação.

Por fim, agradeço a Pontifícia Universidade Católica de Goiás por oferecer programas sociais que possibilitam os hipossuficientes estudarem numa instituição extremamente conceituada e que oferece uma estrutura de excelência aos alunos.

SUMÁRIO

Sumário

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO	8
1. COMO SE DEU A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL	10
1.1. Considerações gerais sobre a criminalização de condutas no Brasil.....	10
1.2. Possibilidade de criminalização de conduta por meio de decisão judicial.....	14
2. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO RELATOR NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 4.733.....	18
2.1. Fundamentos doutrinários.....	18
2.2. Fundamentos Jurisprudenciais.....	21
3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO RELATOR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26	24
3.1. Fundamentos Doutrinários	25
3.2. Fundamentos jurisprudenciais.....	28
CONCLUSÃO.....	30
ABSTRACT	32
REFERÊNCIAS.....	33

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

APARENTE CONFLITO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Gabriel Bueno Martins¹

RESUMO

O presente trabalho buscou elucidar se houve configuração de conflito entre direitos e garantias constitucionais na criminalização da homofobia e transfobia. Isso porque, a homofobia e transfobia foram criminalizadas por meio do julgamento conjunto da ADO nº e do MI nº 4.733, o que em tese desrespeitaria o princípio constitucional da legalidade, o qual determina que as condutas somente podem ser criminalizadas por meio de Lei. Na elaboração do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa teórica, analisando os principais fundamentos doutrinários jurisprudenciais utilizados no julgamento dessas ações. Assim, foi possível concluir que não houve configuração de conflito dos direitos e garantias constitucionais, tendo em vista que não houve criação de crime, mas apenas utilização da técnica de interpretação conforme para reconhecer que os homossexuais e transexuais podem ser caracterizados como um grupo racial para fins da aplicação da Lei de racismo, de forma que as condutas homofóbicas e transfóbicas são subsumíveis ao crime de racismo.

Palavras-chave: Criminalização. Homofobia. Princípio. Legalidade. Constitucional.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Potifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: gabriel.gbm.bueno@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A criminalização da homofobia se deu a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão número 26 (ADO n.º 26) e do Mandado de Injunção número 4733 (MI n.º 4733), os quais tiveram como relatores os Ministros Celso de Mello e Edson Fachin, respectivamente.

No julgamento dos mencionados procedimentos, o Supremo Tribunal Federal declarou, utilizando-se da técnica de interpretação conforme a constituição, existência de omissão legislativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, em razão de que o disposto no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal, teria previsto mandados expressos de incriminação de condutas discriminatórias, os quais não teriam sido devidamente cumpridos pelo Congresso Nacional.

Com efeito, objetivando tipificar condutas homofóbicas e transfóbicas, considerou que as discriminações em virtude da orientação sexual e/ou identidade de gênero, seriam espécies do Racismo Social. Assim, enquadrou as práticas homotransfóbicas, quaisquer que sejam as formas de suas manifestações, nos diversos tipos penais elencados na Lei nº 7.716/89 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor).

De outro lado, no que tange o objeto dos procedimentos da ADO n.º 26 e do MI n.º 4733, verifica-se que diz respeito à criminalização de condutas, devendo ser observado o sistema desenvolvido no âmbito das ciências criminais. De sorte que, no Brasil, todo o aparato jurídico, inclusive a própria Constituição, traz dispositivos imprescindíveis para evitar excessos do Estado, tais como o princípio da legalidade e vedação de analogia *in malam partem* (para prejudicar), tendo em vista que o Direito Penal é tido como exceção, devendo ser aplicado em *ultimam ratio*.

A Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXIX, dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, trazendo expressamente o princípio da legalidade, o qual sem dúvidas é o princípio mais importante para o Direito Penal. Salienta-se, ainda, que num Estado de Direito, criado com a função de retirar o

poder das mãos de um indivíduo, ou um grupo de indivíduos, exige-se a subordinação de todos perante a lei, principalmente quando se trata de crime.

Destarte, os direitos e garantias constitucionais entraram em aparente contradição com o mencionado julgamento. Portanto, necessário se faz analisar minuciosamente este acontecimento inédito, na vigência da Constituição de 1988, que é a criação de crime por meio de um julgado, com o fito de identificar os principais fundamentos doutrinários e jurisprudenciais aplicados no presente caso, objetivando esclarecer se há ou não conflitos de direitos e garantias previstos constitucionalmente.

1. COMO SE DEU A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

1.1. Considerações gerais sobre a criminalização de condutas no Brasil

A *priori*, convém destacar a finalidade do Direito Penal. Destarte, a razão de ser do Direito Penal é proteger os bens jurídicos em *ultima ratio*, assim, quando os outros ramos do direito não se mostram suficientes para garantir a tutela de determinados bens extremamente relevantes para a sociedade, necessário se faz a criminalização da conduta que fere o respectivo bem, o qual se pretende tutelar. Rogério Greco discorre acerca da finalidade do Direito Penal citando Luiz Regis Prado e Nilo Batista:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou, nas palavras de Luiz Regis Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Nilo Batista também aduz que “a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”. A pena, portanto, é simplesmente o instrumento de coerção de que se vale o Direito Penal para a proteção dos bens, valores e interesses mais significativos da sociedade. (GRECO. 2015. P. 2).

Claus Roxin, doutrinador alemão mundialmente conhecido no ramo das ciências criminais, assevera que a função do Direito Penal é garantir que os cidadãos exerçam os direitos que lhes são inerentes, desde que não seja possível garantir por outro meio, ressaltando assim, o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN. 2018. P. 16 e 17).

Em continuidade, convém destacar no que consiste os bens jurídicos, tendo em vista que este é o objeto de proteção da norma jurídico-penal e, como

corolário, a razão de sua existência. Claus Roxin define, brilhantemente, os bens jurídicos da seguinte maneira:

Sobre a base das reflexões anteriores, podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. (ROXIN. 2018. P. 18 e 19).

Rogério Greco, de maneira mais objetiva, salienta que a Constituição Federal demonstra quais são os valores imprescindíveis que devem ser observados para a conservação da sociedade, ou seja, os bens jurídicos a serem tutelados. Mas não só isso, Greco destaca que a própria Constituição demonstra, também, quais são os limites que o legislador deve observar para que sejam evitados os excessos, pois, se os preceitos não forem devidamente observados, pode haver violação de direitos fundamentais no ato de criminalização de uma determinada conduta:

A Constituição exerce, como veremos adiante, duplo papel. Se de um lado orienta o legislador, elegendo os valores considerados indispensáveis à manutenção da sociedade, por outro, segundo a concepção garantista do Direito Penal, impede que esse mesmo legislador, com uma suposta finalidade protetiva de bens, proíba ou imponha determinados comportamentos, violadores de direitos fundamentais atribuídos a toda pessoa humana, também consagrados pela Constituição. (GRECO. 2015. P. 4 e 5).

Pois bem. Em observância à própria finalidade do Direito Penal, para que haja a criminalização de determinada conduta, é imprescindível identificar o bem jurídico que se deseja tutelar e se os demais ramos do direito são insuficientes para alcançar esse objetivo.

A seguir, passemos a discorrer acerca da devida forma de criação de um determinado tipo penal.

O ordenamento jurídico-penal brasileiro adotou o princípio da Legalidade, sendo este previsto tanto na Constituição Federal quanto no Código Penal. Nesse sentido, para que alguma conduta específica seja considerada crime, é

imprescindível a existência de uma Lei que assim o defina, conforme preceitua o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal: *“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”*, bem como o artigo 1º do Código Penal: *“Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”*.

Com efeito, o sistema jurídico-penal deve ser inovado somente por meio de Lei. Deste modo, pode-se garantir que quando há criação de um determinado crime, a sociedade assim o quis, por meio de seus representantes. Isso porque, o sistema representativo adotado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, demonstra que os representantes eleitos possuem legitimidade para expressar os interesses da sociedade, ou seja, quando há a elaboração de uma determinada Lei tipificando alguma conduta, é o mesmo que dizer que a sociedade no geral quis que aquela conduta fosse tipificada, portanto se submete às sanções em caso de descumprimento da nova norma. Ao discorrer acerca da criação de tipos penais o doutrinador Rogério Greco salienta que:

Somente a lei em sentido estrito pode criar tipos penais proibindo condutas sob a ameaça de pena. Quando falamos em lei em sentido estrito, estamos nos referindo às chamadas leis ordinárias. As leis ordinárias, como é cediço, surgem da conjugação da vontade do povo, representado por seus deputados federais, com a vontade dos Estados, representados por seus senadores, contando, ainda, com a sanção do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo. Levando em consideração o sistema representativo por nós acolhido no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, devemos entender que toda vez que o sistema jurídico-penal é inovado com a criação ou abolição de figuras típicas é sinal de que a sociedade assim o quis, e para tanto valeu-se do único instrumento para isso indicado, que é a lei ordinária. (GRECO. 2015. P. 151 e 152).

O princípio da Legalidade possui 4 (quatro) funções fundamentais, as quais demonstram a razão de ser deste princípio e a real necessidade de sua observância. Rogério Greco (2015) indica que fazem parte dessas funções a proibição de retroatividade da lei penal, proibição de criar crimes e penas por meio de direito consuetudinário (costumes), proibição de emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas, e a proibição de incriminações vagas e

indeterminadas. Convém destacar a explanação de Rogério Greco acerca destas duas últimas funções:

O princípio da legalidade veda, também, o recurso à analogia *in malam partem* para criar hipóteses que, de alguma forma, venham prejudicar o agente, seja criando crimes seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes etc. Se o fato não foi previsto expressamente pelo legislador, não pode o intérprete socorrer-se da analogia a fim de tentar abranger fatos similares aos legislados em prejuízo do agente (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*).

O princípio da reserva legal não impõe somente a existência de lei anterior ao fato cometido pelo agente, definindo as infrações penais. Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição precisa da conduta* proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham *conceitos vagos* ou *imprecisos*. A lei deve ser por isso, *taxativa*. (GRECO. 2015. P. 146 e 147).

Contudo, para que haja a criminalização de uma determinada conduta, não basta, apenas, a elaboração de lei em respeito ao princípio da legalidade. Essa lei deve cumprir os requisitos da legalidade formal e legalidade material, tendo em vista que a Constituição Federal adotou não a mera legalidade, e sim o princípio da estrita legalidade.

Nesse sentido, a lei tem que obedecer aos requisitos formais na sua elaboração, por exemplo, a quantidade de votos necessários para a sua aprovação, sendo que se tratar de lei ordinária deve-se obter a maioria simples dos votos em ambas as casas do congresso nacional ou se tratar de lei complementar deve-se obter a maioria absoluta dos votos em ambas as casas do congresso nacional. Porém, deve-se observar, de igual modo, a legalidade material da lei quanto à criminalização de determinada conduta, observando se o conteúdo da lei não fere de alguma forma os direitos e garantias previstos constitucionalmente. Acerca da legalidade material, Rogério Greco destaca que adotamos um princípio de *estrita legalidade*:

Devem ser obedecidas não somente as formas e procedimentos impostos pela Constituição, mas também, e principalmente, o seu conteúdo, respeitando-se suas proibições e imposições para a garantia de nossos direitos fundamentais por ela previstos. Aqui,

adota-se não mera legalidade, mas, sim, como preleciona Ferrajoli, um princípio de *estrita legalidade*. (GRECO. 2015. P. 148).

Diante o exposto, para que haja a criminalização de determinada conduta, primeiramente, deve-se identificar o respectivo bem jurídico que se pretende proteger, bem como se os demais ramos do Direito são insuficientes para garantir a sua tutela. Caso seja identificada determinada conduta que ofereça risco a um determinado bem jurídico e que os outros ramos do direito não podem tutelá-lo de maneira satisfatória, esta conduta é passível de ser criminalizada, sendo imprescindível que a criminalização se dê por meio de lei e que esta atenda aos pressupostos constitucionais referentes à formalidade e materialidade.

1.2. Possibilidade de criminalização de conduta por meio de decisão judicial

O Partido Popular Socialista – PPS, partido político com representação no Congresso Nacional, propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, objetivando a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia. No mesmo sentido, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT impetrou o Mandado de Injunção nº 4.733, com o fito de que fossem criminalizadas as condutas homofóbicas e transfóbicas, utilizando as mesmas teses desenvolvidas na ADO nº 26.

Destarte, foi sustentado pelas partes autoras nas ações que objetivaram a criminalização da homofobia e transfobia que a casa legislativa da união tem agido ao longo dos anos com flagrante indiferença preconceituosa em relação à comunidade LGBT, tendo em vista que, conforme preconiza o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, todas as condutas discriminatórias que atentam contra os direitos e liberdades fundamentais deveriam ser criminalizadas, no entanto, o Congresso Nacional não aprovou lei alguma que criminalizasse de maneira específica condutas homofóbicas e transfóbicas.

Em razão dessa inércia legislativa, o Congresso Nacional teria permitido que os homossexuais, transgêneros e demais integrantes destes grupos vulneráveis fossem sujeitados às variadas ofensas praticadas contra seus direitos fundamentais, tais como atos de violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a sua vida ou dignidade sexual, enfim, variadas condutas resultantes do ódio homofóbico e/ou transfóbico.

Contudo, o principal fundamento que embasa as ações, consiste na alegação de que a homofobia e transfobia caracterizariam racismo, desta forma, tais condutas seriam subsumíveis à Lei 7.716 de 1989 (Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), conforme destacou o Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, Ministro Celso de Mello:

O fundamento em que se apoia a pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor nesta sede processual reside, essencialmente, na alegação de que a homofobia e a transfobia caracterizariam comportamentos subsumíveis à noção de racismo, tal como concebia, na latitude dessa expressão, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do caso Ellwanger (HC 82.424/RS), de tal modo que o legislador ordinário, ao restringir-se, tão somente, a dispensar tutela penal em relação às práticas discriminatórias resultantes de preconceito de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), teria realizado de maneira incompleta o que impõe o texto constitucional, vulnerando, desse modo, por omissão, o que estabelece a Lei Fundamental da República (CF art. 5º, XLII). (STF. ADO 26. Voto do relator Celso de Mello. 2019.)

Ademais, as partes autoras discorreram acerca da tramitação do Projeto de Lei nº 122/06 que visa a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, sendo que haveria uma ausência deliberada de votação para aprovação da Lei, conforme destaca Carla Augusta de Souza Teixeira:

Importante é destacar que a parte autora alega ainda a ausência de votação do projeto de lei que visa efetivar a criminalização objeto da demanda. Alega ainda que isso se dá de forma deliberada e que o PL 122/06 ser apensado ao projeto de um novo Código Penal seria estratégia para tanto. (TEIXEIRA. 2019. P. 24).

Com efeito, o Partido Popular Socialista – PPS pugnou na ADO nº 26, como pedido principal, o reconhecimento formal da existência de situação de

omissão inconstitucional do Poder Legislativo, requerendo que fosse estabelecido prazo razoável para que o Congresso Nacional aprovasse a Lei criminalizando as condutas homofóbicas e transfóbicas. Subsidiariamente, pugnou-se a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, para que a Lei nº 7.716/89 (Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) fosse aplicada nos casos de homofobia e transfobia, tendo em vista que estes atos estariam compreendidos na definição de ampla de racismo. Foi requerido, ainda, que, caso este último entendimento prevalecesse, o STF tipificasse as condutas atentatórias aos direitos e liberdades. Por fim, pleiteou-se pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, devendo a União Federal e o Congresso Nacional indenizar os integrantes do grupo LGBT prejudicados pela inércia estatal. O relator Celso de Mello destacou quais seriam os pleitos constantes na ADO nº 26:

Busca-se, desse modo, neste processo de fiscalização normativa abstrata, o reconhecimento formal, por esta Suprema Corte, da existência de situação de omissão inconstitucional imputável ao Poder Legislativo, determinando-se, em consequência, a cientificação do Congresso Nacional, para que adote as providências necessárias à concretização das normas constitucionais transgredidas (CF, art. 5º, XLI e XLII), estabelecendo-se prazo razoável para esse fim.

Postula-se, ainda, em caráter subsidiário, a colmatação jurisdicional da lacuna normativa existente, conferindo interpretação conforme às disposições normativas previstas na Lei nº 7.716/89, em ordem a explicitar, em harmonia com o que dispõe a Constituição (CF, art. 5º, XLI e XLII), que os atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero dos integrantes da comunidade LGBT acham-se compreendidos na definição ampla de racismo.

Caso não prevaleça esse entendimento, requer-se que o Supremo Tribunal Federal, inovando na ordem positiva, tipifique, ainda que por decisão judicial, as condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo, também, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, embora em caráter absolutamente excepcional, o princípio segundo o qual *“nullum crimen, nulla poena sine praevia lege”*.

Pleiteia-se, finalmente, o reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, condenando-se a União Federal e os congressistas responsáveis pelo retardamento abusivo na efetivação da prestação legislativa a indenizarem as pessoas do grupo LGBT prejudicadas pelo comportamento omissivo ora imputado ao Estado. (STF. ADO 26. Voto do relator Celso de Mello. 2019).

No Mandado de Injunção nº 4733 foram realizados pedidos mais sintéticos, apesar de serem semelhantes ao que foi pugnado na ADO nº 26. Destarte, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, pleiteou-se que o STF reconhecesse a homofobia e transfobia como conceito ontológico-constitucional de racismo ou que fossem entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, bem como requereram a declaração de mora inconstitucional da Casa Legislativa da União fato da ausência de lei que criminalize de maneira específica condutas homofóbicas e transfóbicas. Acerca dos pedidos elaborados no Mandado de Injunção nº 4733, Carla Augusta de Souza Teixeira salienta que:

Os pedidos são semelhantes, entretanto mais sintéticos, consistindo apenas no reconhecimento da homofobia e da transfobia como conceito ontológico-constitucional de racismo, ou, ao menos, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais e requerimento de declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional no dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica a homofobia e a transfobia. (TEIXEIRA. 2019. P. 26).

Considerando que ambas as demandas tratavam do mesmo assunto, elas foram julgadas em conjunto no dia 13/06/2019. O Supremo Tribunal Federal decidiu por reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional, bem como que deverá ser aplicada a Lei nº 7.716/89 com o fito de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de condutas discriminatórias em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional às condutas discriminatórias em razão da orientação sexual ou identidade de gênero, somente até a edição de Lei específica para crimes resultantes de homofobia e transfobia. Convém destacar o resumo da decisão do Mandado de Injunção nº 4733 constante no *site* do Supremo Tribunal Federal:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei nº 7.716/89 a fim de estender 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, vencidos em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. (STF. 2019, MI nº 4.733).

Por fim, destaca-se que o Ministro Celso de Mello, relator da ADO nº 26, frisou que, mediante a interpretação conforme, é constitucionalmente lícito proceder-se o enquadramento das condutas homofóbicas e transfóbicas no conceito de racismo, visando prevenir e reprimir as atitudes que visam marginalizar e excluir um determinado grupo não identificado por sua configuração étnica ou física e sim por um conjunto de ideias, condutas e valores que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade, sendo que isso não seria uma afronta ao princípio da Legalidade e tampouco ao da reserva legal.

2. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO RELATOR NO MANDADO DE INJUNÇÃO N. 4.733

Primeiramente, cumpre registrar que não obstante haver discussão se a via mandamental seria adequada para decidir acerca do tema, aqui não serão analisados os fundamentos utilizados no cabimento do Mandado de Injunção, apenas os principais fundamentos que embasaram a decisão de mérito, para que possamos nos ater ao objeto da pesquisa.

2.1. Fundamentos doutrinários

Como se sabe, o relator do Mandado de Injunção n. 4.733, ministro Edson Facin, entendeu que a ação mandamental deveria ser julgada procedente, tendo em vista que o artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, o qual prevê que: “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”, traria um mandado expresso de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas e o Congresso Nacional não teria cumprido o mandado constitucional:

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. (STF. MI 4.733. Voto do relator Edson Facin. 2019).

Conforme as citações realizadas pelo relator, as principais fundamentações doutrinárias que possibilitam concluir a decisão pelo provimento são os entendimentos construídos por: Luís Roberto Barroso, ao dispor sobre o princípio da dignidade da pessoa humana; Daniel Sarmiento, ao dispor sobre princípio da dignidade da pessoa humana; João Fancisco da Fonseca, ao dispor sobre o Mandado de Injunção; André de Carvalho Ramos, ao dispor sobre mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos; Luiz Carlos dos Santos, ao dispor sobre os mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

A primeira fundamentação doutrinária mencionada no voto do relator, diz respeito ao princípio da proporcionalidade, na modalidade de proibição de proteção insuficiente, com base no qual é defendido que o Direito Penal seria instrumento adequado para a proteção de bens jurídicos expressamente indicados pelo texto constitucional. Nesta senda, foi mencionado o doutrinador Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que ressalta a necessidade de cumprimento pelo legislador ordinário, das ordens de criminalização previstas na Constituição Federal:

Nossa Constituição Federal de 1988 traz como peculiaridade a quantidade de ordens de criminalização que lançou, à espera do adimplemento pelo legislador ordinário. Elas não podem ser ignoradas, nem a omissão em cumpri-las pode ser justificada por orientações de política criminal. Não é possível acatar a Constituição quando ela está na conformidade de nossas inclinações filosóficas ou ideológicas e relegá-las à letra morta quando não está. (GONÇALVES: 2007. P. 305).

Em outro aspecto, o Relator desenvolveu fundamento no sentido de que a comunidade internacional recomenda que os Estados promovam legislação antidiscriminatória compreensiva, devendo criminalizar as condutas de discriminação

com base na identidade de gênero e orientação sexual. Para tanto, citou o doutrinador André de Carvalho Ramos, o qual ressalta que:

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena também fez menção ao mandado de criminalização da discriminação racial, xenofobia e intolerância ao instar todos os Governos a tomarem medidas imediatas e desenvolverem políticas vigorosas no sentido de evitar e combater todas as formas de racismo, xenofobia ou manifestações análogas de intolerância, onde seja necessário, promulgando leis adequadas, adotando medidas penais cabíveis e estabelecendo instituições nacionais para combater fenômenos dessa natureza. (RAMOS: 2006. P. 32).

Contudo, o principal fundamento doutrinário constante no voto do Relator está relacionado ao princípio da dignidade humana e o fato de que a ausência de Lei que criminalize a homofobia, além de ser uma lacuna inconstitucional, seria também ofensa à igualdade, tendo em vista que condutas igualmente reprováveis recebem tratamento jurídico distinto, tais como discriminação em virtude da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, que também são atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, constituem crime enquanto que a homofobia e transfobia não.

Ao construir o supramencionado raciocínio, o Relator esclareceu que seria conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme as premissas elencadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2013) e o doutrinador Daniel Sarmiento (2016), no sentido de que a dignidade da pessoa humana está relacionada ao valor intrínseco da pessoa, a autonomia pública e privada dos sujeitos, o mínimo existencial para a garantia das condições existenciais para uma vida digna e o reconhecimento coletivo e individual das pessoas nas relações intersubjetivas e práticas sociais, de modo que a sexualidade seria dimensão inerente à dignidade da pessoa humana.

Assim, diante da omissão inconstitucional do Poder Legislativo em editar Lei que criminalize as condutas homofóbicas e transfóbicas, contrariando disposição constitucional, acrescentando-se o fato de que condutas similares são crimes, o que caracteriza tratamento desigual e ofende o princípio da igualdade, por meio do Mandado de Injunção o Supremo Tribunal Federal pode emitir uma ordem formal

para que o impetrado edite a norma regulamentadora em prazo razoável e, caso a ordem não seja atendida, o próprio STF deve estabelecer condições em que se dará o exercício dos direitos. Neste sentido, o Relator mencionou entendimento do doutrinador João Francisco da Fonseca, o qual ressalta que:

A decisão concessiva de mandado de injunção, em suma, contém uma “ordem” - palavra sinônima tanto de mandado quanto de injunção. Primeiro, uma ordem formal para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora em prazo razoável. Depois, se isso não ocorrer, uma ordem formal para que o sujeito passivo da relação jurídica de direito material – caso tenha participado do processo – pague certa quantia, entregue um bem, realize determinada atividade ou deixe de realizá-la, conforme o objeto do mando de injunção ajuizado. (FONSECA. 2016: p. 127).

Esses foram os fundamentos doutrinários discorridos no Mandado de Injunção n. 4.733, utilizados pelo Relator Ministro Edson Facin para embasar o entendimento de que a ação mandamental deveria ser julgada procedente e, a seguir, passemos a analisar os fundamentos jurisprudenciais.

2.2. Fundamentos Jurisprudenciais

No que tange os fundamentos jurisprudenciais, foram utilizados diversos precedentes desenvolvidos na atuação jurisdicional interna do Brasil e no Direito internacional, aqui analisaremos apenas os fundamentos jurisprudenciais referentes à jurisdição do Brasil.

Os primeiros fundamentos jurisprudenciais desenvolvidos pelo Relator Ministro Edson Facin, no julgamento do Mandado de Injunção n. 4.733, estão presentes na ADI n. 4.277, de relatoria do Ministro Ayres Britto, DJe 13.10.2011, por meio da qual o STF ressaltou que “*o concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais*”, na ADPF n. 291, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, DJe 10.05.2016, por meio da qual o STF afirmou que o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual condiz com a própria liberdade existencial do indivíduo e na ADI 4.275, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, redator para o Acórdão Ministro Edson Facin, DJe 07.03.2019, por meio da

qual o STF destacou que *“a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas reconhecê-la, nunca de constituí-la”*.

Diante das premissas constantes nesses julgados, o Relator afirmou que a discriminação homofóbica e homotransfóbica são atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, devendo ser punida por Lei nos termos do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal: *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Em continuidade, os posteriores fundamentos jurisprudenciais foram para reforçar que o inciso XLI, do artigo 5º, da Constituição Federal, é um mandado específico de criminalização. Co efeito, mencionou-se o julgado do HC 104.410, de relatoria do Ministro Gilmar Medes, DJe 26.03.2012, por meio do qual o STF reconheceu que a Constituição Federal de 1988 contém várias normas que determinam a criminalização de condutas, dentre consta a norma prevista no inciso XLI, do artigo 5º, da Constituição Federal:

FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDOTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio

da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

Assim, após utilizar estes fundamentos jurisprudenciais para demonstrar que as discriminações homofóbicas e transfóbicas deveriam ter sido criminalizadas, o Relator reconheceu que é inconstitucional a omissão do Poder Legislativo em não cumprir o mandado constitucional e, caso o Congresso Nacional persistir na omissão, seria cabível ao Poder Judiciário atuar para suprir essa inatividade.

Para tanto, o Relator subsidiou esse entendimento jurisprudencialmente citando o Mandado de Injunção n. 670, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, Relatoria para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe 30.10.2008, por meio da qual o STF assegurou que o Poder Judiciário pode adotar medidas como alternativa de superação de omissões inconstitucionais:

3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o).” (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

Destarte, conforme se observa da presente demonstração dos principais fundamentos jurisprudenciais utilizados pelo relator Edson Facin, no julgamento do Mandado de Injunção n. 4.733, assim como nos fundamentos doutrinários, não foi mencionado o princípio Constitucional da Legalidade, o qual estabelece que não há crime sem Lei que o defina.

De modo que o relator se preocupou em demonstrar que há fundamentos doutrinários e jurisprudenciais de que na Constituição Federal de 1988 existe um mandado expresso de criminalização da homofobia e o Congresso Nacional se omitiu em criar Lei específica, bem como que diante da omissão do Poder

Legislativo é legítima a atuação do Poder Judiciário para garantir o exercício dos Direitos previstos constitucionalmente.

3. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO RELATOR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N. 26

O voto do relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, Ministro Celso de Mello, é extremamente detalhado, dividido nos seguintes tópicos: 1. Uma brevíssima constatação; 2. A controvérsia constitucional; 3. Os pedidos; 4. Definições e questões terminológicas; 5. A questão da “ideologia de gênero”; 6. Inviabilidade da formulação, em sede de processo de controle concentrado de constitucionalidade, de pedido de índole condenatória, fundado em alegada responsabilidade civil do Estado, eis que, em ações constitucionais de perfil objetivo, não se discutem situações individuais ou interesses subjetivos; 7. Impossibilidade jurídico-constitucional de o Supremo Tribunal Federal, mediante provimento jurisdicional, tipificar delitos e cominar sanções de direito penal; 8. Considerações em torno dos registros históricos e das práticas sociais contemporâneas, que revelam o tratamento preconceituoso, excludente e discriminatório que tem sido dispensado à vivência homoerótica em nosso País: “O amor que não ousa dizer o seu nome” (Lord Alfred Douglas, do poema “Two Loves”, publicado em “The Chameleon”, 1894, verso erroneamente atribuído a Oscar Wilde); 9. A violência contra integrantes da comunidade LGBT ou “A banalidade do mal homofóbico e transfóbico” (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): Uma inaceitável (e cruel) realidade contemporânea; 10. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, por injustificável inércia do Poder Público; 11. A situação de inércia do Estado em relação à edição de diplomas legislativos necessários à punição dos atos de discriminação praticados em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero da vítima; 12. Soluções possíveis para a colmatação do estado de mora inconstitucional; 12.1. A cientificação ao Congresso Nacional quanto ao seu estado de mora inconstitucional; 12.2. Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89; 13. O Poder Judiciário, em sua atividade hermenêutica,

há de tornar efetiva a reação do Estado na prevenção e repressão aos atos de preconceito ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis; 14. A questão da intolerância, notadamente quando dirigida contra a comunidade LGBT; 15. Repressão à homotransfobia e liberdade religiosa: ausência de inconstitucionalidade; 16. Democracia constitucional, proteção dos grupos vulneráveis e função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional; 17. A busca da felicidade como projeção do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; 18. Uma observação final: o significado da defesa da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal; 19. Conclusão.

Destarte, o tópico que será analisado é o número 12.2., intitulado como “*Enquadramento imediato das práticas de homofobia e de transfobia, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo previsto na Lei nº 7.716/89*”, pois é neste que o relator da ADO n. 26 dispõe sobre o fato de que a criminalização da homofobia não fere os princípios da Legalidade e da vedação de analogia *in malam partem*, o que exatamente se discute no presente trabalho.

3.1. Fundamentos Doutrinários

Como já mencionado anteriormente, o relator Ministro Celso de Mello esclarece que a criminalização da homofobia e da transfobia não ferem os princípios constitucionais da Legalidade e da vedação de analogia *in malam partem*, tendo em vista que o que se pretende com o julgamento da ADO n. 26 não é criar um novo tipo penal, e sim interpretar a Lei 7.716/89 (Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) utilizando a técnica de interpretação conforme a constituição, reconhecendo que homofobia e transfobia são práticas racistas, assim, subsumíveis a tipificação constante na Lei em destaque.

Já de início, o relator destaca que diversos doutrinadores compartilham do entendimento de que é constitucional o enquadramento dos atos transfóbicos e homofóbicos no conceito de racismo, objetivando reprimir comportamentos que visam marginalizar e excluir um determinado grupo identificado por um conjunto de

ideias, condutas e valores que se revelam comuns aos integrantes daquela mesma comunidade, e não apenas em função das características físicas.

Dentre os autores que coadunam com esta ideia, conforme mencionado pelo relator estão: Guilherme de Souza Nucc, ao dispor sobre “Leis Penais e Processuais Penais Comentadas”; Carla Moura Masiero, ao dispor sobre “Virada Teórico-Democrática ao Problema da Legitimidade da Jurisdição Constitucional e o Mandado de Injunção sobre a Criminalização da Homofobia e da Transfobia”, “in” “Controvérsias Constitucionais Atuais n. 2”; Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, ao dispor sobre “Constitucionalidade (e Dever Constitucional) da Classificação da Homofobia e Transfobia como Crimes de Racismo”, “in” “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”.

O primeiro fundamento doutrinário que convém destacar, diz respeito à caracterização da ideologia racista, a qual vai muito além do fato de subjugar um grupo de pessoas em razão de suas características físicas. Norberto Bobbio (2002) elenca, brilhantemente, as condições que caracterizam o pensamento racista:

Para que se possa falar de ideologia (ou teoria) racista, são necessárias as seguintes três condições, que podemos definir como os postulados do racismo como visão de mundo: 1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente (...). 2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra (...). 3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis. (BOBBIO. 2002: p. 127/128).

Diante dessas condições do pensamento racista, o relator da ADO n. 26 entende que existe relação essencial de correspondência que reúne sob a mesma lógica discriminatória todas as formas de preconceito e intolerância contra os grupos

sociais, o que inclui a homofobia e transfobia. Corroborando com essa premissa, o relator destacou o posicionamento de Daniel Borrilo acerca do tema, o qual esclarece que:

Enquanto violência global caracterizada pela supervalorização de uns e pelo menosprezo de outros, a homofobia baseia-se na mesma lógica utilizada por outras formas de inferiorização: tratando-se de ideologia racista, classista ou antisemita, o objetivo perseguido consiste sempre em desumanizar o outro, em torná-lo inexoravelmente diferente. À semelhança de qualquer outra forma de intolerância, a homofobia articula-se em torno de emoções, de condutas e de um dispositivo ideológico. (BORRILLO. 2010: p. 34, *apud* MELLO, 2019, p. 81).

Deste modo, para além do fato de que de haver semelhanças intrínsecas e essenciais nas diversas formas de discriminação, o relator pontua que o termo raça não pode estar relacionado, unicamente, às pessoas com características físicas semelhantes, mas também deve se referir a um grupo de pessoas que comungam de comportamentos e ideias comuns, de forma que os homossexuais e transexuais podem ser considerados como um grupo racial. Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Raça é termo infeliz e ambíguo, pois quer dizer tanto um conjunto de pessoas com os mesmos caracteres somáticos como também um grupo de indivíduos de mesma origem étnica, linguística ou social. Raça, enfim, é um grupo de pessoas que comunga de ideias ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas. Aliás, assim pensando, homossexuais discriminados podem ser, para os fins de aplicação desta Lei, considerados como grupo racial. (NUCCI p. 305, *apud* MELLO, 2019, p. 87).

Diante deste contexto, considerando os diversos grupos raciais que são identificados por características além das fenotípicas, o conceito geral de abstrato de racismo enquadra, também, a homofobia e transfobia, conforme ressalta o ilustre jurista Paulo Roberto Lotti Vecchiatti:

o racismo consiste em processos de diferenciação, classificação e hierarquização, para fins de exclusão, expulsão e erradicação, através de processos de estigmatização, desqualificação moral e, eventualmente, internação ou expulsão'. Nesse conceito geral e

abstrato de racismo, a homofobia e a transfobia se enquadram, da mesma forma que a negrofobia, a xenofobia, a etnofobia e antissemitismo, critérios já autonomamente positivados pela Lei Antirracismo, servindo o critério de 'raça' como cláusula valorativa apta a permitir a evolução do conceito de racismo para outras situações que também se enquadrem neste estrito conceito ontológico-constitucional de racismo. (VECCHIATTI, 2019: p. 457, *apud* MELLO, 2019: 97).

Embasado nestes fundamentos doutrinários, os quais se mostraram os principais, o relator Ministro Celso de Mello entendeu que não há ofensa ao princípio constitucional da Legalidade e tampouco ao princípio da vedação de analogia *in malam partem*, pois a Lei já criminalizou as condutas racistas o que inclui as condutas homofóbicas e transfóbicas. Portanto, à luz da Constituição Federal e de todo o ordenamento jurídico brasileiro, a homofobia e transfobia devem ser consideradas crimes.

3.2. Fundamentos jurisprudenciais

Assim como no julgamento do Mandado de Injunção n. 4.733, o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, Ministro Celso de Mello, também utilizou diversos fundamentos jurisprudenciais relacionados a julgados internacionais e nacionais, contudo, analisaremos apenas as decisões de jurisdição interna brasileira, especificamente as que foram utilizadas para demonstrar que as criminalizações da homofobia e transfobia não ferem os princípios constitucionais da Legalidade e da vedação de analogia *in malam partem*.

Como já foi discorrida no tópico anterior, a tese basilar construída no julgamento da ADO n. 26 para demonstrar que a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas por meio desse julgado não fere garantias constitucionais, consiste na construção argumentativa de que tais condutas são espécies de racismo, tendo em vista que a divisão de seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social e não por características biológicas, pois na essência todos somos iguais e pertencemos à mesma raça, a raça humana.

O principal fundamento jurisprudencial utilizado pelo relator Celso de Mello foi o julgado referente ao HC 82.424/RS, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal esclareceu que subdivisão da humanidade em “raças” (considerando aspectos biológicos), além de se abstrair completamente de legitimidade científica, é inconciliável com a Constituição Federal de 1988. Portanto, a correta interpretação é de que os grupos raciais são divididos mediante aspectos político-sociais:

(...). 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 (...). (STF. HC 82424. Tribunal Pleno. Relator Ministro Moreira Alves. Julgamento de 17/09/2003. Publicação em 19/03/2004). **Grifou-se.**

Assim, ao demonstrar que a divisão dos seres humanos em raça é resultado de um processo meramente político-social, os homossexuais e transgêneros podem ser considerados um grupo racial e, caso alguém os discrimine em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, comete crime de racismo, tendo em vista que, neste contexto, a homofobia e transfobia caracterizam espécies deste crime.

O outro fundamento jurisprudencial que merece destaque, diz respeito ao fato de que a interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de criação da norma, de modo que o fato do Supremo Tribunal Federal reconhecer, por meio da técnica de interpretação conforme, que homofobia e transfobia se enquadram nas condutas racistas não fere o princípio da Legalidade, pois não há criação de crime, e sim apenas interpretação. Sobre a diferença entre a interpretação e produção normativa, destaca-se o seguinte julgado:

A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA. - O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da

Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. **A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa.** Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais - por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais - não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente. (STF. Segunda Turma. AI 266576 AgR. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 26/09/2000. Publicação em 23/02/2001). **Grifou-se.**

Estes dois julgados foram os principais fundamentos jurisprudenciais utilizados pelo relator da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, Ministro Celso de Mello, para esclarecer que a homofobia e transfobia podem ser consideradas espécies do crime de racismo por meio de técnica interpretativa e isso não significa que está sendo criada uma norma ou que está sendo utilizada analogia *in malam partem*, mas o que está realmente sendo feito é uma interpretação da normativa existente conforme a Constituição, por isso, não haveria qualquer afronta aos Direitos e Garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi elucidar se a criminalização da homofobia e transfobia, por meio do julgamento conjunto da ADO nº 26 e do MI nº 4.733, configurou um conflito entre direitos e garantias constitucionais, na medida em que o Supremo Tribunal Federal buscou efetivar o dispositivo constitucional referente à necessidade de punição de condutas discriminatória por meio de julgado, diante da ausência de Lei específica criminalizando as condutas, o que em tese desrespeita o princípio da Legalidade previsto na Constituição Federal.

Diante a análise dos principais fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, foi possível verificar que não houve desrespeito às garantias constitucionais no mencionado julgamento, considerando que não houve criação de crime novo, apenas interpretação conforme a constituição da Lei que define os crimes de racismo.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, reafirmou que a humanidade não pode ser dividida em raças considerando aspectos biológicos, mas sim por pressupostos político-sociais, de modo que os homossexuais e transexuais podem ser considerados um grupo racial para fins de aplicação da Lei de racismo, tendo em vista que eles são identificados por ideias e comportamentos comuns, relacionados à orientação sexual e identidade de gênero, os quais configuram liberdades fundamentais.

Assim, mesmo que a vontade do Legislador infraconstitucional não tenha sido a de criminalizar as condutas homofóbicas e transfóbicas por meio da Lei de racismo, deve-se considerar que para todas as outras discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais foram previstas punições criminais, mostrando que a política criminal foi adotada para tutelar os bens jurídicos dessa natureza, o que evidencia o dever de tutelar o bem jurídico referente à orientação sexual e identidade de gênero de igual forma.

Por fim, vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal no Brasil tem como uma de suas funções típicas garantir a aplicação da Constituição Federal, se necessário mitigando a democracia, para que, não obstante a vontade da maioria se sobressaia num regime democrático, seja assegurado que maiorias de conveniência não subjuguem as minorias. Isso porque, o regime adotado pela Carta Magna não é apenas democrático, e sim Democrático de Direito, para garantir direitos a todos e não somente à maioria.

ABSTRACT

This study sought to elucidate whether there was a conflict between rights and constitutional guarantees in the criminalization of homophobia and transphobia. This is because, homophobia and transphobia were criminalized through the joint judgment of ADO n° and MI n° 4,733, which in theory would disrespect the constitutional principle of legality, which determines that conduct can only be criminalized by law. In the preparation of this work, the deductive method and theoretical research were used, analyzing the main doctrinal foundations of jurisprudence used in the judgment of these actions. Thus, it was possible to conclude that there was no configuration of conflict of constitutional rights and guarantees, considering that there was no creation of crime, but only the use of the interpretation technique to recognize that homosexuals and transsexuals can be characterized as a racial group for purposes of applying the Law of Racism, so that homophobic and transphobic behaviors are subsumable to the crime of racism.

Keywords: Criminalization. Homophobia. Principle. Legality. Constitutional.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013;
- BOBBIO, Norberto. Elogio da Serenidade: e Outros Escritos Morais. São Paulo: Editora Unesp, 2002.
- BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Constituição Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 de junho de 2020;
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de junho de 2020;
- BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 01 de junho de 2020;
- FONSECA, João Francisco da. O processo do mandado de injunção. São Paulo: Saraiva, 2016;
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2007;
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Volume 1. 17ª edição. Editora Impetus. Niterói, 2015;
- RAMOS, André de Carvalho. Mandados de criminalização no direito internacional dos direitos humanos: novos paradigmas da proteção das vítimas de violações de direitos humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 62, set.-out. de 2006;
- ROXIN, Claus: A proteção de bens jurídicos com função do Direito Penal. Tradução de André Luíz Calleari e Nereu José Giacomolli. Editora Livraria do Advogado. 2ª ed. Porto Alegre, 2018;
- SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016;

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO N.º 26/DF.

Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível

em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>>

. Acesso em: 19 de fevereiro de 2020;

STF. HABEAS CORPUS N.º 82.424-2/RS. Relator: Ministro Moreira Alves.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>.

Acesso em 05 de setembro de 2020;

STF. HABEAS CORPUS N.º 104.410/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>.

Acesso em 05 de setembro de 2020;

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 670-9/ES. Relator do Acórdão: Gilmar Mendes.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>.

Acesso em 05 de setembro de 2020;

STF. MANDADO DE INJUNÇÃO N.º 4.733/DF. Relator: Ministro Edson Fachin.

Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>>.

Acesso em: 20 de junho de 2020;

TEIXEIRA, Carla Augusta de Souza. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e Mandado de Injunção nº 4733: Criminalização da Homofobia e Transfobia, um diálogo entre os movimentos LGBT e o Poder Público. Brasília, 2019.

Disponível em:

<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13724/1/21500456.pdf>>. Acesso

em: 6 de junho de 2020.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

O(A) estudante GABRIEL BUENO MARTINS
do Curso de DIREITO, matrícula 20162000106383,
telefone: (62)993646090 e-mail gabriel.gbm.bueno@gmail.com, na
qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos
Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a
disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado
CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA - APARENTE
CONFLITO DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS,
gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme
permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato
especificado (Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND);
Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou
impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de
graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 05 de dezembro de 2020.

Assinatura do(s) autor(es): Gabriel Bueno Martins

Nome completo do autor: GABRIEL BUENO MARTINS

Assinatura do professor-orientador: Nivaldo dos Santos

Nome completo do professor-orientador: Nivaldo dos Santos