

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA – FUNDAMENTOS, EFEITOS E POSICIONAMENTO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

Luciene Angélica Mendes¹

No dia 02 de agosto de 2019, pouco mais de dois meses depois do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADO 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção - MI 4.733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, e o consequente reconhecimento da homotransfobia² como espécie do gênero racismo³, o Centro de Apoio Operacional Criminal – CAO-Crim organizou evento denominado “*A Criminalização da Homofobia e da Transfobia: Questões Penais e Extrapenais – Um estudo sobre os reflexos da A.D.O. 26 - STF*”⁴.

Ao iniciar sua palestra a então Corregedora-Geral do Ministério Público, Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, fez menção à Escala de Allport, um método de medição de preconceito em uma sociedade criado pelo psicólogo Gordon Allport em seu livro *The Nature of Prejudice*.

Segundo pontuou a palestrante, a escala conta com cinco níveis:

¹ Procuradora de Justiça Criminal no Ministério Público do Estado de São Paulo

² Definida como a discriminação decorrente de orientação sexual, dirigida à homossexualidade, e a discriminação por identidade de gênero, dirigida às travestis e transexuais.

³ Por maioria, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram pelo enquadramento imediato das condutas homofóbicas e transfóbicas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, mediante interpretação conforme, no conceito de racismo (compreendido este em sua dimensão social) previsto na Lei 7.716/1989 até que o Congresso Nacional edite lei sobre a matéria. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, por entenderem que a conduta só pode ser punida mediante lei aprovada pelo Legislativo. O ministro Marco Aurélio não reconhecia a mora.

⁴ Gravação disponível em

<https://drive.google.com/drive/folders/1YiOOJovh8u8RIG3l0Qbc0QI1Nx4GOH4u>

- 1- antilocução: membros de um grupo majoritário fazem comentários jocosos – “piadas” – sobre os membros do grupo minoritário, inferiorizando-os ou ridicularizando-os;
- 2- esquiva: membros do grupo majoritário evitam contato com os do grupo minoritário, levando-os ao isolamento;
- 3-discriminação: negação pelo grupo majoritário de oportunidades e serviços a membros do grupo minoritário;
- 4-ataque físico: emprego de violência pelos membros do grupo majoritário contra os do grupo minoritário;
- 5-extermínio: o grupo majoritário busca a extinção do grupo minoritário.

Alertou Tereza que, de maneira geral, as pessoas não admitem ser preconceituosas, mas, *“nesta escala, a nossa sociedade está num nível bastante elevado, então como dizer que não há preconceito?”*.⁵

É de conhecimento notório que o Brasil é um dos países mais violentos do mundo: independentemente da identidade de gênero ou da orientação sexual, as pessoas estão sujeitas à intensa violência urbana, pior para negros e habitantes de Estados mais pobres⁶.

Porém, membros da comunidade LGBTQI+⁷, além de estarem sujeitos à insegurança pública geral, também são vítimas de crimes específicos,

⁵ Idem 3.

⁶ Disponível em

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784&Itemid=432.

Acesso em 14 de julho de 2020.

⁷ Optou-se pelo uso da sigla LGBTQI+ pela sua abrangência e porque foi a utilizada no Fórum Social Mundial em 2018. A sigla é dividida em duas partes. A primeira, LGB, diz respeito à orientação sexual do indivíduo. A segunda, TQI+, diz respeito ao gênero:

L: lésbica; é toda mulher que se identifica como mulher e tem preferências sexuais por outras mulheres.

G: gays; é todo homem que se identifica como homem e tem preferências sexuais por outros homens.

B: bissexuais; pessoas que têm preferências sexuais por dois ou mais gêneros.

T: transexuais, travestis e transgêneros; pessoas que não se identificam com os gêneros impostos pela sociedade, masculino ou feminino, atribuídos na hora do nascimento e que têm como base os órgãos sexuais.

Q: queer; pessoas que não se identificam com os padrões de heteronormatividade impostos pela sociedade e transitam entre os gêneros, sem também necessariamente concordar com tais rótulos.

os chamados *crimes de ódio*, motivados pela intolerância e pelo preconceito, muitas vezes em seus níveis máximos.

O Atlas da Violência 2019, editado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, identificou em 2017 o maior nível histórico de letalidade violenta intencional no país, destacando o alto índice de letalidade de jovens, mas observando que, *“para além da questão da juventude, os dados descritos nesse relatório trazem algumas evidências de um processo extremamente preocupante nos últimos anos: o aumento da violência letal contra públicos específicos, incluindo negros, população LGBTI, e mulheres, nos casos de feminicídio”*⁸.

Ainda que os casos de violência contra membros da comunidade LGBTQI+ sejam subnotificados (eis que, de modo geral, quando feito o registro policial não é feita qualquer observação acerca da identidade de gênero ou da orientação sexual da vítima, sendo usualmente ignorada a motivação da agressão), dados da ONG Grupo Gay da Bahia (GGB) e da ONG Transgender Europe (TGEU) divulgados, respectivamente, em 2017 e em 2018, apontaram o Brasil ocupando o primeiro lugar no *ranking* de mortes violentas (por homicídio ou suicídio) de gays, lésbicas e travestis⁹ e transexuais¹⁰.

Segundo a ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais, em 2017 a cada 48 horas uma pessoa trans foi assassinada no Brasil¹¹ e a

l: intersexuais; antigamente chamadas de hermafroditas, são pessoas que não conseguem ser definidas de maneira distinta em masculino ou feminino.

+: engloba todas as outras letras da sigla maior LGBTT2QQIAAP, como o “A” de assexualidade e o “P” de pansexualidade.

⁸ Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 14 de julho de 2020.

⁹ Disponível em <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/assassinatos-2012>. Acesso em 14 de julho de 2020.

¹⁰ Disponível em <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018>. Acesso em 14 de julho de 2020.

¹¹ Disponível em <https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018>. Acesso em 14 de julho de 2020.

idade média das vítimas dos assassinatos de pessoas trans (travestis, transexuais e não-binários) em 2019 foi de 29,7 anos¹².

Esses dados, repita-se, referem-se exclusivamente aos *crimes de ódio*, cometidos por intolerância à condição pessoal da vítima de pessoa trans, bi, inter ou homossexual.

Mesmo diante de tão grave situação de extrema violação dos direitos humanos da comunidade LGBTQI+, o Brasil pouco tem feito em sua defesa, omitindo-se de compromissos assumidos interna e internacionalmente.

Em 2014, a Organização das Nações Unidas-ONU, especificamente a Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Navi Pillay, publicou o documento *“Nascidos Livres e Iguais – Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos”*, apresentando evidências de um padrão de discriminação e violência contra a população LGBTQI+ em todo o mundo e em todos os âmbitos.

Na apresentação do documento, Navi Pillay destacou que *“atitudes homofóbicas profundamente enraizadas, muitas vezes combinadas com uma falta de proteção jurídica adequada contra a discriminação em razão de orientação sexual e identidade de gênero, expõem muitas pessoas LGBT, de todas as idades e em todas as regiões do mundo, a violações evidentes de seus direitos humanos. Elas são discriminadas no mercado de trabalho, nas escolas e nos hospitais, e maltratadas e rejeitadas por suas próprias famílias. Nas ruas das cidades ao redor do mundo, são “escolhidas” para o ataque físico – espancadas, agredidas sexualmente, torturadas e mortas. Em cerca de 76 países, leis discriminatórias criminalizam relações consensuais*

¹² Disponível em <https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>. Acesso em 14 de julho de 2020.

privadas entre pessoas do mesmo sexo – expondo indivíduos ao risco de serem detidos, acusados e presos”¹³.

Ainda segundo Navi Pillay, *“as obrigações legais dos Estados de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT e intersexo estão bem estabelecidas no regime internacional de direitos humanos baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriormente acordados nos tratados internacionais sobre o tema. Todas as pessoas, independente de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos, inclusive em relação aos direitos à vida, à segurança pessoal e à privacidade, o direito de ser livre de tortura, detenções e prisões arbitrárias, o direito de ser livre de discriminação e o direito às liberdades de expressão, de reunião e de associação pacífica”¹⁴.*

O documento em questão identifica as responsabilidades dos Estados em cinco áreas principais onde a ação nacional é mais urgente e necessária e que resultam nas seguintes recomendações:

- 1- proteger as pessoas da violência homofóbica e transfóbica;
- 2- prevenir a tortura e o tratamento cruel, desumano e degradante às pessoas LGBTQI+ detidas;
- 3- revogar leis que criminalizam a homossexualidade, incluindo todas as leis que proíbem a conduta sexual privada entre adultos do mesmo sexo;
- 4- proibir a discriminação com base na orientação sexual e identidade de gênero;
- 5- proteger as liberdades de expressão, de associação e de reunião pacífica para as pessoas LGBTQI+.

¹³ Disponível em https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf . Acesso em 14 de julho de 2020.

¹⁴ Idem 12.

Quanto ao primeiro passo, o documento expressamente prevê como recomendação aos Estados a inclusão da identidade de gênero e da orientação sexual como características protegidas por leis criminais contra o ódio, destacando que *“a violência motivada pelo ódio contra pessoas LGBT é tipicamente perpetrada por pessoas não ligadas ao Estado – indivíduos, grupos organizados ou organizações extremistas. Todavia, falha de autoridades do Estado em investigar e punir este tipo de violência é uma violação da obrigação estatal de proteger os direitos à vida, à liberdade e à segurança pessoal, como garante o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os artigos 6º e 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos”*¹⁵.

Conclui que *“a fim de respeitar, proteger e fazer cumprir os direitos à vida e à segurança pessoal garantidos pela lei internacional, os Estados devem efetivamente investigar, processar e punir os criminosos responsáveis por execuções extrajudiciais e decretar leis que criminalizem o ódio e que protejam o indivíduo da violência baseada na orientação sexual e na identidade de gênero”*¹⁶.

Certo é que, ainda em 2013, o Brasil, em conjunto com a Argentina, Croácia, El Salvador, Estados Unidos, França, Israel, Japão, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos e a Alta Representante da União Europeia para Relações Exteriores e Política de Segurança firmaram a *“Declaração Ministerial sobre a Eliminação da Violência e da Discriminação contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero”*, na qual se comprometeram, dentre outros pontos, a exortar os membros da ONU a *“rejeitar leis discriminatórias, aperfeiçoar respostas à violência motivada pelo ódio, e assegurar proteção jurídica adequada e apropriada da discriminação em razão da orientação sexual e identidade de gênero”*¹⁷.

¹⁵ Idem 12.

¹⁶ Idem 12.

¹⁷ Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/3534-declaracao-ministerial-sobre-a-eliminacao-da-violencia-e-da-discriminacao-contra-individuos-em-razao-da-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero-nacoes-unidas-nova-york-26-de-setembro-de-2013>. Acesso em 14 de julho de 2020.

Internamente, a Constituição Federal prevê, como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, “*a dignidade da pessoa humana*” (artigo 1º, III) e um dos seus objetivos a promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (artigo 3º, IV), garantindo a todos, sem distinção, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, *caput*).

Além disso, em seu artigo 5º, inciso XLI estipula um mandado de criminalização expresso quando determina que “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

Ora, no que tange aos direitos e liberdades fundamentais específicos das pessoas LGBTQI+, há, portanto, evidente lacuna legal, com manifesto descumprimento ao comando constitucional e, conseqüentemente, “*ao dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente*”¹⁸.

Afinal, o Projeto de Lei da Câmara 122 de 2006 (PLC 122/2006 ou PL 122), conhecido como “*lei anti-homofobia*”, apresentado pela então Deputada Iara Bernardi (PT - SP) e tendo por objetivo criminalizar a homofobia no país (modificando a redação do artigo 1º. da Lei nº 7.716/89 para incluir expressamente a orientação sexual e a identidade de gênero no tipo penal do racismo), foi arquivado após passar oito anos no Senado sem obter aprovação.

Destaca-se que foi somente depois de iniciado pelo STF o julgamento da ADO 26 que, em fevereiro de 2019, foi apresentado novo projeto, pelo Senador Alessandro Vieira (PPS-SE), para alterar a Lei de Racismo e acrescentar o sexo, a orientação sexual ou a identidade de gênero no rol dos preconceitos sujeitos a punição legal, não havendo, porém, a mínima previsão de aprovação e vigência.

¹⁸ STF, HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.

Plenamente evidenciada a situação de mora legislativa, justificado foi o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, com a adoção de interpretação conforme à Constituição para solução da aparente lacuna legislativa.

Afinal, como ensina Luís Roberto Barroso, é possível *“violar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de uma omissão, uma inércia ilegítima”*¹⁹.

Ainda segundo Barroso, *“o pressuposto para o reconhecimento e declaração da inconstitucionalidade por omissão é o decurso de prazo razoável para a edição da norma exigida pelo texto constitucional”*, sendo certo que, *“intuitivamente, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição de 1988, há inequívoca mora em relação às normas reclamadas pelo texto constitucional e ainda não criadas”*²⁰.

Para os defensores do antipunitivismo (ou do chamado Direito Penal mínimo), outras formas de combate à violência com motivações homotransfóbicas deveriam ser buscadas, que não a criminalização da conduta²¹.

A respeito, responde Paulo Iotti, esclarecendo ser *“descabido falar que haveria violação da teoria do Direito Penal Mínimo, pois ela traz um critério qualitativo, sobre o que pode ser crime, não quantitativo, proibitivo de novos crimes. Ela exige que a criminalização vise a evitar a ofensa a bem jurídico indispensável à vida em sociedade, ante a ineficácia dos demais ramos do Direito para protegê-lo”*²².

¹⁹ “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, Ed. Saraiva, 8ª edição, 2019, pág. 53.

²⁰ Idem 18, pág. 343.

²¹ Disponível em <http://www.justificando.com/2019/02/14/por-que-nao-criminalizar-a-lgbtfobia>. Acesso em 14 de julho de 2020.

²² “O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo”, Editora Pessotto, 1ª Edição, página 138.

Neste aspecto, é relevante destacar que os altos índices de violência contra a mulher é que justificaram a alteração de diversos dispositivos das leis penal e processual penal para aumentar penas, modificar a legitimação ativa da ação penal e oferecer a devida resposta estatal a tais espécies de condutas.

Como se sabe, a chamada Lei Maria da Penha não foi decorrente de iniciativa legislativa espontânea, mas resultou da denúncia feita por Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica reiterada, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em que alegada a tolerância do Brasil com tal espécie de conduta. Tendo sido reconhecido que o Estado brasileiro violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, foi recomendado que prosseguisse e intensificasse o processo de reforma para evitar a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil²³, o que implicou na edição da Lei nº 11.340/06.

Ora, os altos índices de violência contra pessoas LBGTQI+ também demandam a adoção de medidas firmes e contundentes que demonstrem a disposição do Brasil de não ser tolerante ou conivente.

Como bem aponta Paulo Iotti²⁴, *“equivocado falar que o Código Penal seria suficiente para coibir a homotransfobia, pois as condutas de discriminar alguém e praticar discursos de ódio não são punidas por ele, só pelo art. 20 da Lei 7.716/89. O crime de constrangimento ilegal exige violência ou grave ameaça, não abarca qualquer discriminação. Os crimes de injúria e difamação supõem vítimas individualizadas, não ofensas a grupos sociais e coletividades. Tais condutas são punidas penalmente apenas pelo art. 20 da Lei Antirracismo”*²⁵.

²³ Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em 14 de julho de 2020.

²⁴ Advogado que representou o Partido Popular Socialista -PPS no polo ativo da ADO 26, também professor e doutrinador de Direito Homoafetivo.

²⁵ “O STF, a Homotransfobia e o seu Reconhecimento como Crime de Racismo”, Editora Pessotto, 1ª Edição, página 139.

Portanto, a omissão do Estado brasileiro em editar lei que puna explícita e especificamente a discriminação por motivação homotransfóbica, desrespeitando comando expresso do artigo 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, criou situação de fato que legitimou o uso do mandado de injunção e da ação declaratória de constitucionalidade por omissão, previstos constitucionalmente como instrumentos hábeis a supri-la.

Não se trata de ativismo judicial, como alguns afirmam²⁶, ou de ofensa à separação de poderes, pois a própria Constituição Federal em seu artigo 103, parágrafo segundo, concebeu a ação de inconstitucionalidade por omissão como remédio jurídico para a inércia do legislador quando configure descumprimento a um mandamento constitucional (como o contido no artigo 5º, inciso XLI), conferindo, portanto, ao STF, competência para dar concretude àquele dispositivo.

Ensina a respeito Luís Roberto Barroso que *“nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão”*²⁷.

A decisão proferida pelo STF na ADO 26 também tem sido criticada sob o argumento de que violou o princípio da legalidade estrita²⁸²⁹ ou de indevida aplicação de analogia *in malam parte*³¹, o que, todavia, a própria ementa da decisão afastou ao destacar a utilização da interpretação conforme à Constituição.

²⁶ Disponível em <http://www.justificando.com/2019/02/15/e-possivel-ser-contrario-a-criminalizacao-da-homofobia-e-a-favor-dos-direitos-lgbti/>. Acesso em 14 de julho de 2020.

²⁷ Idem 18, pág. 55

²⁸ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-03/monique-chequer-criminalizacao-homofobia-stf-viola-garantismo-ferrajoli>. Acesso em 14 de julho de 2020.

²⁹ Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/717783998/criminalizacao-da-homofobia-pelo-stf-uma-aberracao-juridica>. Acesso em 14 de julho de 2020.

³⁰ Christiano Jorge Santos e Cristina Victor Garcia em “A Criminalização da LGBTfobia pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil”, em <https://periodicos.ufms.br>. Acesso em 14 de julho de 2020.

³¹ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/nao-cabe-supremo-criminalizar-homofobia-criminalista>. Acesso em 14 de julho de 2020.

É que o reconhecimento da omissão legislativa implica na possibilidade de que o STF profira decisões interpretativas que, segundo Barroso, “são aquelas em que o Tribunal atribui ou afasta um significado ou uma incidência que poderia ser extraída de seu programa normativo, tal como positivado pelo legislador, determinando, entre as interpretações possíveis, a que melhor efetiva o disposto na Constituição”³².

Dentre as espécies de decisões interpretativas, foi utilizada, na hipótese, a interpretação conforme à Constituição, consistindo na “leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes”³³.

Divergindo, portanto, daqueles entendimentos, afirma-se que a interpretação dada pelo STF foi literal. Ou seja, a decisão do STF não criou tipo penal novo, mas reafirmou o conceito de racismo já estabelecido em precedente que considerou racista a conduta de antissemitismo, por implicar na inferiorização de um grupo social relativamente a outro (HC 82.424/RS).

Nesse sentido, a tese do STF é a de que o racismo, “compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito”³⁴.

³² Idem 18, pág. 105.

³³ Idem 18, pág. 106.

³⁴ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 14 de julho de 2020.

A respeito, Paulo Iotti explica no artigo *“Supremo não legislou nem fez analogia ao equiparar homofobia ao racismo”* que a decisão do STF considera a homotransfobia como uma das espécies do gênero racismo, considerado seu significado constitucional e a interpretação literal do termo “raça”:

“Como no célebre HC 82.424/RS, que afirmou que o antissemitismo é conduta racista ao aduzir que racismo é a inferiorização de um grupo social relativamente a outro, o STF partiu da constatação de que a CF (artigo 3º, IV) e a Lei Antirracismo falam em “raça” e “cor” em palavras diferentes (conforme máxima hermenêutica, a lei não possui palavras inúteis, donde “raça” não pode significar apenas “cor”) e do fato de o Projeto Genoma ter enterrado a tese de que a humanidade seria formada por “raças biologicamente distintas entre si”. Então, para o racismo não virar crime impossível, pela unicidade biológica da humanidade, afirmou-se ser conceito político-social — histórico, antropológico e sociológico (ratio decidendi da decisão).

Logo, a homotransfobia foi considerada espécie de racismo e enquadrada nos crimes raciais (“por raça”, por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89): não por “analogia”, pois “criminalizar por analogia” demandaria dizer que a homotransfobia seria “tão grave quanto” o racismo, a merecer mesma punição, mas não foi isso que o STF reconheceu. Fez-se interpretação literal do termo legal raça e do termo constitucional racismo, ainda que evolutiva, caso se entenda que a compreensão biológica teria sido a “original”³⁵.

Segundo ainda destaca Paulo Iotti, *“as condutas que se enquadrarem no conceito geral e abstrato de racismo reconhecido pelo STF (em suma, a inferiorização desumanizante de um grupo social relativamente a outro, no contexto de relações de poder social de grupo dominante relativamente a grupo dominado) merecerão esse qualificativo”³⁶.*

³⁵ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/paulo-iotti-stf-nao-legislou-equipararhomofobia-racismo>. Acesso em 14 de julho de 2020.

³⁶ Idem 30.

Por fim, conclui afirmando que *“o reconhecimento da homotransfobia como crime de racismo não viola o princípio da legalidade penal estrita, por ser subsumível a tipo penal já previsto em lei (por exemplo, artigo 20 da Lei 7.716/89, de praticar, induzir ou incitar o preconceito e a discriminação por raça), donde respeita a legalidade penal formal (lei escrita), por se enquadrar no conceito ontológico-constitucional de racismo, referendado por precedente histórico do STF (HC 82.424/RS) e pela literatura negra antirracismo, de sorte que não pode ser considerado como “intoleravelmente vago”. Inexiste violação ao princípio da taxatividade, pois este sempre admitiu a criminalização por “conceitos valorativos” (conforme supra), donde a interpretação do STF respeita a legalidade penal substancial, relativa aos princípios da taxatividade e anterioridade (lei certa, estrita e prévia), pois modulados os efeitos da decisão”³⁷.*

No mesmo sentido pronunciou-se Guilherme Nucci:

“Voltou o STF, em 2019, a isolar outra categoria de pessoas humanas, relegadas à discriminação: aquelas que possuem orientação sexual diversa da maioria. São pessoas localizadas, identificadas e discriminadas. Por isso, enquadrou no crime de racismo as atitudes homofóbicas. Nada mais justo e equiparado ao anterior julgamento que equiparou os judeus (religião) às pessoas vítimas de racismo, entendido este como segregação injustificável.

Nesses dois casos, jamais se tratou de analogia in malam partem, nem mesmo de interpretação extensiva contra o réu. O STF, de maneira precisa, foi obrigado a interpretar, à luz da ciência moderna, o que significa racismo, vez que outras parcelas da ciência indicaram inexistir qualquer diferença racial no mundo. Todos os seres humanos são 99% iguais”³⁸.

A redação da tese aprovada pelo STF na ADO 26, portanto, é a de que, *“até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a*

³⁷ Idem 30.

³⁸ “Crimes de ódio, uma tipificação necessária para o Brasil”, disponível em <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/crimes-de-odio-uma-tipificacao-necessaria-para-o-brasil>. Acesso em 14 de julho de 2020.

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”) “³⁹.

Como destacado no Boletim Criminal Comentado de junho de 2019 (semana 3), publicado pelo CAO-Crim sob o título “*STF e a criminalização da homofobia e da transfobia. Consequências práticas*”, “*não se trata propriamente de um ato de substituição do Congresso Nacional pela elaboração de um marco normativo. A solução adotada consistiu apenas em garantir o direito com base em leis já existentes para disciplinar matéria semelhante*”⁴⁰.

Já o Boletim Criminal Comentado de junho de 2020 (semana 3), ao divulgar que o Ministério Público de São Paulo, por meio de seu Centro de Apoio Operacional Criminal–CAOCRIM, redigiu minuta de Projeto de Lei visando alterar o Código Penal e a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), para tipificar o crime de homicídio qualificado em razão de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou orientação sexual, enviando a proposta ao Deputado Federal Carlos Sampaio, que já a apresentou à mesa diretora da Câmara dos Deputados, bem destacou que “*merece ser lembrado que, nos autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que as chamadas condutas de*

³⁹ Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

⁴⁰ Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal. Acesso em 19 de setembro de 2019.

*homofobia ou transfobia são consideradas como crimes de racismo, ao menos até que o Poder Legislativo emita normativa específica sobre o tema, ainda inexistente*⁴¹.

Em hipótese de arquivamento indireto remetido com fundamento no artigo 28 do Código de Processo Penal à Procuradoria Geral de Justiça, o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou seu posicionamento pela tipificação da transfobia como racismo:

“1. No caso concreto, há notícia de que o investigado dirigiu-se à vítima, que é transexual, e lhe disse que ela e outros travestis jamais seriam iguais ou melhores que as mulheres e que ela nunca seria nada.

2. A conduta, pelo teor da ofensa proferida, extrapola os limites do mero crime de injúria, mesmo qualificada pelo preconceito pela orientação sexual (CP, art. 140, § 3º), crime este que tem vítima certa e determinada.

3. O investigado, com seu comportamento, ofendeu não apenas a vítima, mas uma gama indeterminada de pessoas que sejam transexuais. Daí, nos termos do emblemático julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADO 26 e o MI 4733, enquanto não houver norma penal em sentido estrito, criminalizando comportamentos como a transfobia e a homofobia, aplica-se a Lei n. 7.716/89, para alcançar tais condutas.

4. O crime de racismo é inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII). Esse tratamento mais rigoroso decorre de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é o princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III). Advém ainda de um dos objetivos fundamentais da República que visa dar concretude àquele princípio: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV).

5. As pessoas transgênero já tiveram reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, em 2018, o direito fundamental subjetivo à modificação do nome e do prenome em seu

⁴¹ Disponível em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202023-.pdf . Acesso em 19 de junho de 2020.

registro civil, assim como a alteração de sua classificação de gênero, independentemente de se submeterem à cirurgia para mudança de sexo. Nesse sentido, julgamento proferido no RE 670.422, Relator o Exmo. Ministro Dias Toffoli, j. 15.08.2018, e o Tema 761 – Possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

6. *Com a máxima vênia do Douto Promotor de Justiça, considerar o fato versado nos autos injúria simples (CP, art. 140, caput) implicaria desconsiderar a pioneira decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento proferido na ADO 26 e no MI 4733. E esta Procuradoria-Geral de Justiça tem – tanto quanto possível – como parâmetro de atuação, na formulação das políticas criminais do Ministério Público de São Paulo, as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores (STF e STJ).*

7. *Além disso, o Ministério Público é Instituição que tem como um de seus deveres institucionais a defesa intransigente dos direitos humanos. Isso implica combater toda forma de discriminação das pessoas, por motivos de raça, etnia, região de origem, religião, orientação sexual, com base nos instrumentos constantes do ordenamento jurídico vigente e também com base no precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, ao invocar a aplicação da Lei n. 7.716/89 para condutas que impliquem transfobia e outros comportamentos que violem os direitos das pessoas transgênero, enquanto não houver norma penal em sentido estrito acerca do tema.*

8. *Ante o exposto, considerando que o caso dos autos encerra, em tese, delito a ser perquirido nos termos da Lei n. 7.716/89, designa-se outro Promotor de Justiça para funcionar nestes autos e para diligenciar, visando reunir mais provas para instrumentalizar eventual propositura de ação penal, cumprindo-lhe, ao depois, atuar com independência funcional em face dos elementos de convencimento reunidos nos autos” (Autos nº 1507426-38.2020.8.26.0050).*

De qualquer forma, independentemente da existência de divergências acerca do acerto da decisão e de seus fundamentos, fato é que foi ela proferida pela Corte Suprema do país, com “*eficácia geral e efeito vinculante*”⁴².

⁴² Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 19 de setembro de 2019.

Afinal, expressa, nesse sentido, é a redação do artigo 102, parágrafo segundo, da Constituição Federal⁴³, bem como a do parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9.868/99⁴⁴, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Portanto, no dizer de Barroso, *“do ângulo subjetivo, os efeitos se produzem em relação a todos e com caráter vinculante. Isso significa que, em um processo no qual uma das partes invoque como argumento ou como fundamento do pedido o fato de existir omissão constitucional na matéria, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, não poderá o órgão jurisdicional trabalhar sobre premissa diversa”*⁴⁵.

Consequentemente, o desrespeito a tal decisão está sujeito à Ação de Reclamação por qualquer interessado que se julgue prejudicado ou pelo Ministério Público (artigo 988 do Código de Processo Civil), já existindo precedente do STF a respeito⁴⁶.

⁴³ *“As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”*.

⁴⁴ *“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”*.

⁴⁵ Idem 18, pág. 352.

⁴⁶ *“EMENTA: RECLAMAÇÃO - ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RESULTANTE DE JULGAMENTO PROFERIDO EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INOBSERVÂNCIA, POR ÓRGÃO DE JURISDIÇÃO INFERIOR, DO EFEITO VINCULANTE DERIVADO DESSE JULGAMENTO PLENÁRIO - HIPÓTESE LEGITIMADORA DO USO DA RECLAMAÇÃO (CF, ART. 102, I, "L") - SEQÜESTRO DE RENDAS PÚBLICAS - POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL, DESDE QUE OCORRENTE SITUAÇÃO QUE SE AJUSTE ÀS HIPÓTESES PREVISTAS, EM CARÁTER TAXATIVO, PELA CONSTITUIÇÃO - MEDIDA CONSTRITIVA, QUE, EFETIVADA NA ESPÉCIE, IMPORTOU EM DESRESPEITO À AUTORIDADE DECISÓRIA DO JULGAMENTO FINAL PROFERIDO, POR ESTA SUPREMA CORTE, NA ADI 1.662/SP - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE”*. (Rcl 2223, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2003, DJ 15-09-2006 PP-00034 EMENT VOL-02247-01 PP-00009 LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 212-226).

Oportuno, portanto, mais uma vez destacar as palavras de Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner, então Corregedora Geral do Ministério Público, no já mencionado evento promovido pelo CAO-Crim, quando, analisando o efeito vinculante da decisão proferida na ADO 26, pontuou: *“não há dúvida nenhuma, dentro da própria leitura da Constituição, daquilo que a própria Constituição explicita, que isto se aplica de forma geral, a todos, de forma vinculante. E de acordo com o referido artigo a decisão com efeito vinculante obriga aos demais órgãos do Poder Judiciária e da Administração Pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual, municipal, cabendo lembrar que, em relação aos órgãos do Poder Judiciário, eventual desrespeito à decisão do Supremo legitima a propositura da Reclamação”*⁴⁷.

Salientou Tereza, ainda, que *“esta é uma causa que está ligada à gênese do Ministério Público, que é a causa relacionada aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana”*⁴⁸, concluindo que *“incumbe aos profissionais do Direitos, dentre eles os membros do Ministério Público, a partir da data em que se concluiu o julgamento - que foi assim que o Ministro Relator determinou, quando então serão aplicados os efeitos da interpretação conforme - cumprir a determinação legal dado o seu efeito vinculante, considerado sobretudo o nosso dever constitucional da defesa da ordem jurídica, regime democrático, interesses individuais indisponíveis, afinal não nos é dada a opção de não agir quando verificada a lesão ou a iminência de lesão a qualquer direito fundamental”*⁴⁹.

Afinal, como também destacou Tereza em artigo recentemente publicado no Boletim Criminal Comentado nº 100 do CAO-Crim, publicado em julho de 2020⁵⁰, *“atendeu a Suprema Corte, a partir do julgado, a uma*

⁴⁷ Gravação disponível em

<https://drive.google.com/drive/folders/1YiOOJovh8u8RIG3l0Qbc0Ql1Nx4GOH4u>

⁴⁸ Idem 40.

⁴⁹ Idem 40.

⁵⁰ “CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA” em

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20%20100.pdf

justa demanda social, conferindo a necessária eficácia normativa aos textos da Constituição Federal e suprimindo a mora legislativa do Congresso Nacional, de forma a remediar a proteção insatisfatória com a população LGBTQ+, submetida a manifestações de ódio, intolerância e discriminação. A decisão do Pretório Excelso, em uma sociedade em mudança, determina mais um avanço à fixação de novos conceitos e protecionismo da diversidade. Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, deve ser protegida contra atos que atinjam sua dignidade. Em uma sociedade que se quer justa, equânime e solidária, não há espaço para aceitação de qualquer tipo de preconceito. O direito à felicidade e a liberdade de sair na rua abraçado(a) ou de mãos dadas com seu companheiro ou companheira não pode ser algo potencialmente fatal a quem quer que seja”.

Indubitavelmente, portanto, é nesse sentido que deve se posicionar a atuação do Ministério Público.
