

O RACISMO SOCIAL – ANÁLISE À LUZ DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26/DF E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF



Mauro Bley Pereira Junior¹

Análise de caso concreto à luz da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733/DF, que reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar violações a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e decidiu, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo, previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989

Palavras-Chave: Racismo social; Homofobia; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

¹ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná em 1991. Juiz Substituto em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: mbp@tjpr.jus.br.

THE SOCIAL RACISM – ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION N° 26/DF AND INJUNCTION N° 4.733/DF



Jhennifer de Freitas Cabral ²

Analysis of a concrete case under the light of the Direct Action of Unconstitutionality by Omission N° 26/DF and the Injunction N° 4.733/DF, which recognized the delay of the National Congress to incriminate violations of fundamental rights to LGBTQIA+ community, and decided, by majority, to frame homophobia and transphobia as a criminal offense defined in the Racism Law, art. 20, caput, of Law No. 7.716/1989..

Keywords: Social racism; Homophobia; Direct Action of Unconstitutionality by Omission

² Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UniCuritiba. Estagiária de Pós-Graduação no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: jhfcabral@tjpr.jus.br.

INTRODUÇÃO

Apresenta-se inicialmente situação fática real para análise jurídica do crime de racismo social. Foram alterados os nomes das pessoas, datas, horários e local, atendendo as regras de sigilo e a fim de evitar desnecessária exposição pública.

Constou da denúncia na ação penal:

“No dia 29 de janeiro de 2020, por volta das 08h30min, no interior de uma das enfermarias do Hospital Modelo, unidade hospitalar localizada na Rua Castro Alves n° 755, Centro, neste município e comarca de Curitiba/PR, o denunciado JOÃO LEITE, agindo dolosamente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, imbuído de ânimo lesbofóbico, praticou discriminação em razão de orientação sexual contra a vítima Maria Silva, impedindo que ela exercesse livremente seu trabalho.

A vítima MARIA SILVA exerce a profissão de cuidadora de idosos, tendo, na ocasião dos fatos, sido contratada para acompanhar idoso que estava internado nas dependências do Hospital Modelo, unidade hospitalar que tem como sócio administrador, diretor clínico e médico o denunciado JOÃO LEITE.

Após ingressar no dia 28 de janeiro de 2020, por volta das 20h00min e ter passado a noite nas dependências do hospital no exercício de seu trabalho, já na manhã do dia 29 de janeiro de 2020, por ocasião das visitas de rotina aos pacientes internados, o denunciado JOÃO LEITE, ao acessar a enfermaria em que trabalhava a vítima MARIA SILVA, ao se deparar com ela, indagou a enfermeira que o acompanhava se ela “teria estudado o caso dela”, referindo-se a vítima MARIA, quando obteve da profissional de saúde a seguinte resposta: “feminina”.

Ato contínuo, com estado de ânimo alterado, ainda na presença da vítima MARIA, o denunciado JOÃO LEITE novamente se virou para a enfermeira que o acompanhava e a questionou dizendo “isso não pode, o que isso aqui está virando, como que entrou?”. Na sequência, o acusado JOÃO LEITE saiu da enfermaria e se dirigiu até o posto de enfermagem onde se encontravam as demais profissionais

de enfermagem, indagando-as, também na presença da vítima MARIA e se referindo a ela: “você não se sentiriam constrangidas se ela as visse urinando?”.

Após a vítima tentar, sem sucesso, interpelá-lo diante das ofensas lesbofóbicas, o acusado JOÃO LEITE disse, ainda, “não quero saber, saia do meu hospital”, “não sei que espécie que é, se é homem ou se é mulher” e “aqui não pode”.

Por fim, a vítima MARIA SILVA foi solicitada a se retirar do hospital por duas outras enfermeiras, deixando a unidade em seguida.”

No caso em questão, logo após o crime, a vítima Maria compareceu na delegacia de polícia local relatando o crime, na forma descrita na denúncia, sendo acompanhada de sua irmã, e do contratante Luiz Carlos Junior. A vítima também recebeu atendimento psicológico e apoio da Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR. O réu, na fase policial, negou a prática do delito, e sustentou que a vítima, e a irmã daquela pretendiam indenização, construindo versão falsa dos fatos.

O juízo considerou que a materialidade do crime foi demonstrada pela Portaria de instauração de inquérito policial, Boletim de ocorrência, Ofício n° 01/2020 encaminhado pela Comissão de Diversidade Sexual e de Gênero da OAB/PR, Termo de Responsabilidade de Acompanhante, e Procedimento Investigatório Criminal n° 0110.20.000521-9/MPPR.

Foi considerada provada a autoria pelos depoimentos da vítima, da irmã da vítima, do contratante do serviço da vítima, e pelos depoimentos de duas enfermeiras.

Em seu interrogatório em juízo, o réu negou a prática do crime, sustentando que está sendo vítima de acusações falsas para lastrear ação indenizatória.

O depoimento da vítima foi bastante detalhado. A vítima, ao ser inquirida, informou que:

“(…) foi contratada pelo Luiz Carlos Júnior para atender o pai do mesmo, Sr. Dorival; que pegou o plantão as sete horas da noite; que o senhor Dorival estava no primeiro quarto; que deu os documentos para a moça da portaria, que lhe entregou um papel de acompanhante; que foi para o primeiro quarto, depois mudou para o segundo; que estava com a camiseta de cuidadora, calça branca, chinelo e boné; que fez o cadastro no hospital; que

mostrou a sua identidade; que indicou quem iria estar acompanhando; que ninguém disse nada sobre não poder acompanhar alguém do sexo masculino; que não foi feita nenhuma pergunta sobre seu sexo; que o senhor Dorival, que acompanhava, ficou até às oito horas da noite em um quarto e depois foi para outro; que no segundo quarto tinha um rapaz na cama ao lado, com dengue hemorrágica; que não conhecia esse rapaz; que sempre ficou na sua cadeira; que não tomou banho lá; que em nenhum momento entrou no banheiro do hospital, sempre usou o banheiro do quarto; que no outro dia cedo as enfermeiras passaram no quarto; que em nenhum momento as enfermeiras mencionaram que ela não poderia estar na enfermaria masculina; que em nenhum momento o rapaz da cama próxima ficou incomodado com a sua presença; que ele quase não conversava; que ficava no celular; que em nenhum momento ele pediu para ela se retirar por estar na ala masculina e ser mulher; que eram umas oito horas da manhã quando o doutor João passou fazendo a visita; que quando ele entrou no quarto, ele entrou sozinho; que logo em seguida veio uma enfermeira; que o doutor perguntou à enfermeira se havia estudado o caso de Maria; que a enfermeira disse que não, porque Maria tinha chegado no dia anterior, quando ela não estava; que chegou a ir até ele (o Dr. João) para explicar a situação, mas ele não deixou explicar; que a enfermeira falou que ela (Maria) era feminina, era mulher; que o doutor disse "como que isso entrou?" referindo-se a ela; que o doutor João não chegou a examinar o Sr. Dorival, já veio agredindo-a verbalmente; que o rapaz da cama anexa estava no quarto, mas não lembra se ele estava acordado; que depois o Dr. João saiu da enfermaria e foi até o

balcão perguntando, aos gritos, às enfermeiras se elas não ficariam constrangidas se vissem ela (Maria) urinando; que foi até o balcão e respondeu dizendo que isso não existe, que nem tinha como elas verem nada, pois estava no quarto; que ele (Dr. João) estava nervoso, batia na mesa, não deixava ela falar; que isso aconteceu no corredor; que ele disse "não quero saber, saia do meu hospital, não sei se é homem ou é mulher"; que disse que não ia sair; que em nenhum momento uma enfermeira ou outro funcionário chegou para ela para explicar nada; que obrigaram que saísse e deixou o Sr. Dorival sozinho; que teve que sair porque pegaram sua bolsa; que as enfermeiras saíram com a sua mala e ela saiu atrás; que estava com a mesma roupa de quando entrou no hospital; que uma enfermeira disse que ele (Dr. João) estava bravo, que era melhor ela sair, que não podia fazer nada; que duas enfermeiras pediram desculpas pelo ocorrido; que pediu os documentos na saída; que em nenhum momento disseram que o rapaz/paciente que estava no mesmo quarto havia solicitado sua retirada; que estava chovendo; que nem na área do hospital ela podia ficar; que ligou para o Luiz Carlos Junior e sua irmã; que em seguida foram até a delegacia prestar queixa."

A irmã da vítima e o contratante dos serviços da vítima não trouxeram esclarecimentos relevantes quanto ao narrado na denúncia, pois não se encontravam presentes no local, quando os fatos ocorreram. Porém, seus depoimentos atestam o doloroso estado de ânimo e o sentimento de especial humilhação da vítima, quando foi, na mesma data dos fatos, à delegacia de polícia.

As duas enfermeiras inquiridas, arroladas pela defesa, alegaram não ter ouvido o réu proferindo ofensas contra a vítima, porém confirmam que o réu solicitou que a vítima saísse do local.

O réu foi condenado pela prática do crime previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1989, à pena de 01 (um) anos, 03 (três) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, a ser

inicialmente cumprida em regime aberto. A pena privativa de liberdade foi substituída por 02 (duas) penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

O juízo a quo utilizou elementos contidos na ADO 26 e MI 4733 para a condenação.

1 ANÁLISE À LUZ DA ADO Nº 26/DF E DO MI Nº 4.733/DF

Inicialmente, os princípios da reserva legal e da anterioridade, no âmbito penal (*nullum crimen, nulla poena sine proevia lege*), exigem a existência de lei formal devidamente elaborada pelo Poder Legislativo, por meio das regras de processo legislativo constitucional (*lex scripta*), que a lei seja anterior ao fato sancionado (*lex proevia*) e que a lei descreva especificamente um fato determinado (*lex certa*).

Tal previsão é tradicional nas Constituições que caracterizam os Estados de Direito, e foi consagrada pelo art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789.

No exercício jurisdicional, está vedada ao juiz a possibilidade de converter-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções.

Nesse sentido, a Suprema Corte¹:

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

legislador. Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.”

No entanto, quando se está diante de uma omissão legislativa, há a possibilidade da interposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que está prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal.²

Tal ação é regulamentada pela Lei nº 12.063/2009 (esta Lei incluiu dispositivos na Lei nº 9.868/1999). Observa-se também a possibilidade de interposição de Mandado de Injunção (MI) que está previsto no art. 5º, LXXI da Constituição Federal³ e foi regulamentado pela Lei nº 13.300/2016.⁴

A partir da análise das leis mencionadas, é possível identificar as diferentes finalidades dessas ações.

A ADO tem por finalidade tornar efetiva norma constitucional. Em outras palavras, o objetivo principal da ADO é evitar que a Constituição Federal

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.690/Ceará. Partes: João Viane Gomes Rocha e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

⁴ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. Salvador. JusPodivm, 2021. p.506

seja violada por omissão dos Poderes Públicos. Portanto, a ADO é uma ação de controle abstrato.⁵

O MI tem como finalidade principal assegurar a supremacia da Constituição Federal e viabilizar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas. A viabilização do exercício de direitos é feita por meio do controle concreto (ou incidental), que é aquele que tem por finalidade precípua a proteção de direitos subjetivos.⁶

É importante destacar que a interpretação conferida pelo STF faz com que os parâmetros das duas ações (ADO e MI) sejam basicamente o mesmo. Para que haja uma omissão inconstitucional, é necessário que a Constituição Federal determine que o Poder Legislativo ou Executivo faça algo e ele se omita. No caso da ADO, para que a omissão surja, em regra, é necessário que a norma constitucional não seja autoaplicável. Deve ser norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, é necessário que a norma dependa de uma vontade intermediadora para ser aplicada ao caso concreto.⁷

No caso do Mandado de Injunção, o parâmetro também é uma norma não autoaplicável (relacionada ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania).⁸

Todavia, a exceção fica por conta do Princípio de Proibição da Proteção Deficiente. Neste caso, a norma existe, mas ela não é suficiente para proteger o direito constitucional de forma adequada (omissão parcial), ou seja, existem normas na Constituição Federal que, embora sejam autoaplicáveis, também impõem aos Poderes Públicos o dever de agir para proteger e promover o direito fundamental consagrado. Quando o Poder Legislativo cria a lei, mas esta não é suficiente para a proteção do direito; ou quando o Poder Executivo atua no plano administrativo, mas as suas ações não são suficientes, há uma omissão parcial do poder público. A omissão parcial, nestes casos, pode ocorrer ainda que a norma parâmetro não seja norma de eficácia limitada, ou seja, pode ocorrer frente às normas autoaplicáveis.

Isso ocorre nos casos de Homofobia e Transfobia, uma vez que o art. 5º, XLI, da Constituição Federal estabelece que "A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais."

Ainda que não exista uma definição inequívoca a respeito do que são a homofobia e a transfobia, não há dúvidas de que constituem formas de discriminação atentatória de direitos e liberdades fundamentais.

O próprio constituinte, ao estabelecer comando para a edição de lei, optou por utilizar

conceitos jurídicos indeterminados, construindo enunciado que pode ser integrado à luz da realidade concreta de cada tempo.

O preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado.

Diante do cenário acima descrito, em 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou mandado de injunção (MI) no Supremo Tribunal Federal no qual pediu o reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadrem no conceito de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Com fundamento nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal, a ABGLT sustentou que a demora do Congresso Nacional é inconstitucional, tendo em vista o dever de editar legislação criminal sobre a matéria (MI nº 4.733/DF)

Cerca de um ano depois, em 2013, o Partido Popular Socialista (PPS) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) na qual pediu que o STF declarasse a omissão do Congresso Nacional por não ter votado projeto de lei que criminaliza atos de homofobia. A ação foi proposta a fim de que seja imposto ao Poder Legislativo o dever de elaborar legislação criminal que puna a homofobia e a transfobia como espécies do gênero "racismo". (ADO nº 26/DF). A criminalização específica, conforme alegado, decorre da ordem constitucional de legislar quanto ao racismo - crime previsto no art. 5º, XLII da Constituição Federal - ou, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV). De acordo com as alegações, o Congresso Nacional tem se recusado a votar o projeto de lei que visa efetivar tal criminalização.

No julgamento das referidas ADO e MI, foi observado que havia omissão inconstitucional, sendo conferida interpretação, conforme à Constituição, aos tipos penais estabelecidos na Lei nº 7.716/89, para englobar, no conceito de racismo, eventual discriminação ou preconceito praticados em razão da orientação sexual da vítima. Ainda, foi reconhecido que as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação

⁵ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. Salvador. JusPodivm, 2021. p.265.

⁶ Idem, 2021. p. 506

⁷ Idem, p.265 e 266

⁸ Idem, p.513.

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 7.716/1989.

Senão vejamos:⁹

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBT+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE) POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – 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 – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – 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 – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – 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) – 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 – 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 – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA A COMUNIDADE LGBT+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília.

Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=451505> 3. Acesso em 14 dez 2022.

ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODER PÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A, DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCA DA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que

envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"). NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE DIREITOS NEM SOFRER QUAISQUER RESTRIÇÕES DE ORDEM JURÍDICA POR MOTIVO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO – Os integrantes do grupo LGBTI+, como qualquer outra pessoa, nascem iguais em dignidade e direitos e possuem igual capacidade de autodeterminação quanto às suas escolhas pessoais em matéria afetiva e amorosa, especialmente no que concerne à sua vivência homoerótica. Ninguém, sob a égide de uma ordem democrática justa, pode ser privado de seus direitos (entre os quais o direito à busca da felicidade e o direito à igualdade de tratamento que a Constituição e as leis da República dispensam às pessoas em geral) ou sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero! Garantir aos integrantes do grupo LGBTI+ a posse da cidadania plena e o integral respeito tanto à sua condição quanto às suas escolhas pessoais pode significar, nestes tempos em que as liberdades fundamentais das pessoas sofrem ataques por parte de mentes sombrias e retrógradas, a diferença essencial entre civilização e barbárie. AS VÁRIAS DIMENSÕES CONCEITUAIS DE RACISMO. O RACISMO, QUE NÃO SE RESUME A ASPECTOS ESTRITAMENTE FENOTÍPICOS, CONSTITUI MANIFESTAÇÃO DE PODER QUE, AO BUSCAR JUSTIFICAÇÃO NA DESIGUALDADE, OBJETIVA VIABILIZAR A DOMINAÇÃO DO GRUPO MAJORITÁRIO SOBRE INTEGRANTES DE GRUPOS VULNERÁVEIS (COMO A COMUNIDADE LGBTI+), FAZENDO INSTAURAR, MEDIANTE ODIOSA (E INACEITÁVEL) INFERIORIZAÇÃO, SITUAÇÃO DE INJUSTA EXCLUSÃO DE

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

COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL ENTRE A REPRESSÃO PENAL À HOMOTRANSFOBIA E A INTANGIBILIDADE DO PLENO EXERCÍCIO DA LIBERDADE RELIGIOSA – A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.

TOLERÂNCIA

COMO EXPRESSÃO DA “HARMONIA NA DIFERENÇA” E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, POR REVESTIR-SE DE CARÁTER ABRANGENTE, ESTENDE-SE, TAMBÉM, ÀS IDEIAS QUE CAUSEM PROFUNDA DISCORDÂNCIA OU QUE SUSCITEM INTENSO CLAMOR PÚBLICO OU QUE PROVOQUEM GRAVE REJEIÇÃO POR PARTE DE CORRENTES MAJORITÁRIAS OU HEGEMÔNICAS EM UMA DADA COLETIVIDADE – As ideias, nestas compreendidas as mensagens, inclusive as pregações de cunho religioso, podem ser fecundas, libertadoras, transformadoras ou, até mesmo, revolucionárias e subversivas, provocando mudanças, superando imobilismos e rompendo paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais. O verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de expressão consiste não apenas em garantir o direito daqueles que pensam como nós, mas, igualmente, em proteger o direito dos que sustentam ideias (mesmo que se cuide de ideias ou de manifestações religiosas) que causem discordância ou que provoquem, até mesmo, o repúdio por parte da maioria existente em uma dada coletividade. O caso “United States v. Schwimmer” (279 U.S. 644, 1929): o célebre voto vencido (“dissenting opinion”) do Justice OLIVER WENDELL HOLMES JR.. É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático que anima nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, para que o pensamento – e, particularmente, o pensamento religioso – não seja reprimido e, o que se mostra fundamental, para que as ideias, especialmente as de natureza confessional, possam florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, longe de sufocar opiniões divergentes, legitime a instauração do dissenso e viabilize, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, a concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito: o respeito ao pluralismo e à tolerância. – O

discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações e manifestações que incitem a discriminação, que estimulem a hostilidade ou que provoquem a violência (física ou moral) contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, não encontra amparo na liberdade constitucional de expressão nem na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 13, § 5º), que expressamente o repele. A QUESTÃO DA OMISSÃO NORMATIVA E DA SUPERACÃO TEMPORAL IRRAZOÁVEL NA IMPLEMENTAÇÃO DE ORDENS CONSTITUCIONAIS DE LEGISLAR. A INSTRUMENTALIDADE DA AÇÃO DIRETA POR OMISSÃO NA COLMATAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional (como aquela que deriva do art. 5º, XLI e XLII, de nossa Lei Fundamental) – qualifica-se como comportamento revestido de intensa gravidade político jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados da Lei Fundamental. (ADI 1.458- - MC/Doutrina. Precedentes DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). – Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, do que a promulgar com o intuito de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos designios dos governantes ou de grupos majoritários, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos ou, muitas vezes, em frontal desrespeito aos direitos das minorias, notadamente daquelas

expostas a situações de vulnerabilidade. – A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nesse contexto, tem por objetivo provocar legítima reação jurisdicional que, expressamente autorizada e atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela própria Carta Política, destina-se a impedir o desprestígio da Lei Fundamental, a neutralizar gestos de desprezo pela Constituição, a outorgar proteção a princípios, direitos e garantias nela proclamados e a obstar, por extremamente grave, a erosão da consciência constitucional. Doutrina. Precedentes do STF.”

Para além disso, fixou-se a seguinte tese na ADO nº 2610:

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

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=451505> 3. Acesso em 14 dez 2022.

se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; III - O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito."

Quanto ao Mandado de Injunção nº 4.733/DF, fixou-se a seguinte tese¹¹:

"Mandado de injunção julgado procedente, para (1) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (2) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 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".

Assim, o STF, no julgamento conjunto da ADO nº 26/DF e do MI nº 4.733/DF, reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTQIA+ e decidiu, por maioria, pelo enquadramento da homofobia e da transfobia como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei nº 7.716/1989), até que o Congresso Nacional legisle sobre o assunto.

Diante, nos crime de racismo social por homofobia e transfobia aplica-se o tipo penal previsto no art. 20, caput, da Lei nº 7.716/1998.¹²

De mais a mais, a aplicação da Lei nº 7.716/1989 às condutas homofóbicas e transfóbicas, não é de aplicação analógica, o que houve, in casu, foi apenas interpretação conforme a Constituição.

Nas palavras do Min. Celso de Mello, na mencionada decisão:

"A solução propugnada não sugere a aplicação analógica das normas penais previstas na Lei 7.716/1989 nem implica a formulação de tipos criminais ou cominação de sanções penais. É certo que, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, o tema pertinente à definição de tipo penal e à cominação de sanção penal subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de parlamento. Assim, inviável, em controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, a omissão denunciada pelo autor da ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. Na verdade, a solução ora proposta limita-se à

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Partes: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e outros. Relator Ministro Edson Fachin, 29 de setembro de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 14 dez 2022.

¹² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. BRASIL. Decreto-Lei nº

7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei 7.716/1989), pois os atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social, ou seja, o denominado racismo social."

O crime em questão possui três núcleos ou ações típicas: praticar, induzir ou incitar. A prática, segundo a doutrina, "ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa"¹³ "Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: 'Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo."¹⁴

Acerca dos elementos necessários à consumação do ilícito, confira-se o entendimento de:

"Praticar é "o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato, desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador." Além disso, "praticar também vem a significar qualquer conduta capaz de exteriorizar o preconceito ou revelar a discriminação, englobando-se, por exemplo, os gestos, sinais, expressões, palavras faladas ou escritas e atos físicos".¹⁵

Bem por isso, é conduta que se confunde, em muitos casos, com as práticas já descritas nos demais tipos penais, de modo que somente restará caracterizado o crime do art. 20 em caso de prática de preconceito ou discriminação que não esteja prevista nos demais tipos da lei, aplicando-se, então, de forma subsidiária. Induzir é sugerir, provocar, de modo a criar em alguém a ideia discriminatória. Incitar é instigar, estimular, acoroçoar, fortalecer ou reforçar a ideia preconceituosa preexistente.

A título exemplificativo, entendeu-se configurado o crime nos casos seguintes:

a) do agente que "manifestou, em programa de televisão, ideias preconceituosas e discriminatórias em relação à raça indígena" (TRF4, AP 200104010717527, Castilho, 4ª S., u., 16/10/2002);

b) na conduta de "Escrever, editar, divulgar e comercializar livros 'fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias' contra a comunidade judaica" (STF, HC 82.424, Corrêa, PL, 17/09/2003);

c) do "agente que externa pensamentos pessoais desairosos e notoriamente etnocêntricos, imbuídos de aversão e menosprezo indistinto a determinado grupo social que apresenta homogeneidade cultural e linguística (comunidade indígena)" (TRF4, AC 200371010018948, Vaz, 8ª T., u., 05/04/2006);

d) da veiculação de preconceito contra negros, nordestinos e judeus, além da defesa do nazismo, em página na internet (TRF3, AC 00084398120084036181, Cecília Mello, 2ª T., u., 20/10/2011);

e) da criação de uma comunidade racista no sítio de relacionamento Orkut (TRF5, AC 200881000016774, Erhardt, 1ª T., u., 16/02/2012).

f) da incitação ao ódio público contra denominação religiosa e seus seguidores (STF, RHC 146303, Toffoli, 06/03/2018). 12.5.5.

Para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se importante que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer preconceito ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana, tipificado no art. 1º, III, da Constituição Federal.

Feito esse registro, para a aplicação justa e equânime do tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, tem-se como imprescindível verificar a presença do dolo específico na conduta do agente, que consiste na vontade livre e consciente de praticar, induzir ou incitar o preconceito ou discriminação racial, sem olvidar ainda a existência do chamado elemento

¹³ SILVA, José Geraldo e outros, *Leis Especiais Anotadas*, 9. ed. Millennium: SP, 2007, p. 303

¹⁴ SILVA, José Geraldo e outros. *Dos crimes de discriminação tipo incriminador e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990*. RT 714/329.

¹⁵ SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e discriminação*. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

subjetivo especial, que exige seja perscrutado o motivo da eventual conduta discriminatória ou preconceituosa. Nesse sentido, da doutrina, tem-se¹⁶:

"Os crimes raciais são exclusivamente dolosos, não tendo sido prevista, em nenhuma hipótese, a modalidade culposa (princípio da excepcionalidade, como expresso no art. 18, parágrafo único, do CP). Assentou-se, pois, que o preconceito e a discriminação raciais não derivam de comportamento negligente, antes, da consciência e vontade deliberadas. Destarte, pratica dolosamente um crime racial aquele que, representando intelectualmente os elementos objetivos dos tipos legais de crime previsto na Lei n. 7.716/89, age livre e conscientemente no sentido de realizá-los."

À guisa de verificação do dolo, antes deve haver, portanto, a certeza quanto aos elementos objetivos da conduta real ou potencialmente discriminatória. Somente então, há de se proceder ao juízo de tipicidade subjetiva, indagando, em primeiro lugar, se o agente sabia e queria praticar ou coadunar-se com a discriminação racial.

"O preconceito responde, assim, pela última condição anímica do agente antes da prática discriminatória. E é justamente essa predisposição para agir que confere pleno significado à conduta material, circunscrevendo o desvalor jurídico-penal de ação. Deduz-se, pois, no exame do fato histórico, que a discriminação dificilmente teria ocorrido se inexistisse o preconceito, que lhe serviu de móvel, de inspiração, de estímulo, de impulso. Destarte, o preconceito é o estado de ânimo imediatamente anterior ao comportamento discriminatório, traduzindo-se na motivação que o agente trazia intimamente consigo (ou seja, o antecedente psicológico da ação), contribuindo, pois, para explicar, do ponto de vista causal, o acontecer futuro da discriminação."¹⁷

Em síntese, o tipo subjetivo consiste no dolo específico e o tipo objetivo consubstancia-se em praticar (levar a efeito, realizar), induzir/incitar (persuadir, convencer, estimular, incentivar, instigar) a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, orientação sexual ou de gênero.

Superado esse ponto, tem-se que o julgamento da ADO n° 26/DF e o MI n° 4.733/DF, representam marco importante na proteção de grupos minoritários, vulnerabilizados e, de regra, excluídos de proteção suficiente por parte do Estado e destaca o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

Neste sentido, o Pretório Excelso¹⁸:

"(...) os precedentes (...) (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) refletem, com absoluta fidelidade, a função contramajoritária que, ao Supremo Tribunal Federal, incumbe desempenhar no âmbito do Estado democrático de direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. Trata-se, na realidade, de tema que, intimamente associado ao debate constitucional suscitado nesta causa, concerne ao relevantíssimo papel que compete a esta Suprema Corte exercer no plano da jurisdição das liberdades: o de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. Esse particular aspecto da questão põe em relevo a função contramajoritária do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, considerada a circunstância de que as pessoas que mantêm relações homoafetivas representam "parcela minoritária (...) da população", como esclarecem dados que a Fundação IBGE [Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística] coligiu no Censo /2010 e que

¹⁶ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148 a 151.

¹⁷ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 148 a 151.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 477.554/ Minas Gerais. Partes: Edson Vander de Souza e outros.

Relator Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 26/08/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plurl=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

registram a existência declarada, em nosso País, de 60.000 casais homossexuais. O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. Tal situação culmina por gerar um quadro de (inaceitável) submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, o que compromete, gravemente, por reduzi-lo, o próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão da minoria por grupos majoritários. É evidente que o princípio majoritário desempenha importante papel no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado Democrático de Direito. Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a

agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (...). Para que o regime democrático não se reduza a uma categoria político-jurídica meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, pois ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia (...) o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País."

No entanto, embora as referidas ações tragam uma maior proteção, o preconceito fundado na aversão à orientação sexual e/ou à identidade de gênero dos indivíduos dá ensejo à sistemática violação de direitos

fundamentais da comunidade LGBTQIA+, grupo historicamente marginalizado.

CONCLUSÃO

No sentido de demonstrar a contínua violação antes referida, é de se observar que estatisticamente, o Brasil é o país que mais mata população LGBTQIA+. O Disque 10019, no ano de 2017 recebeu 1.720 denúncias de violação à Comunidade LGBTQIAP+. Desse universo de casos, 70,8% foram por discriminação; 53,3% são relatos de violência psicológica, e 31,8% reportam violência física. Com a colaboração do Grupo Gay da Bahia, também no ano passado, houve a contabilização de 445 assassinatos perpetrados contra pessoas LGBTQIAP+ representando um aumento de 30% em relação a 2016.²⁰

De acordo com o Grupo Gay da Bahia (GGB), com dados de 2021, ocorre uma morte de membros da comunidade LGBTQIAP+ a cada 29 horas. O levantamento foi feito em parceria com a Aliança Nacional LGBTI+. Houve 276 homicídios (92% do total) e 24 suicídios (8%) no ano passado. Os gays são metade das vítimas, com 153 casos (51%). Segundo o GGB, os homossexuais masculinos são, há quatro décadas, os mais atingidos pela violência. Depois, são as travestis e transexuais com 110 casos (36,7%), lésbicas com 12 ocorrências (4%), bissexuais e homens trans com 4 casos (1,3%). Há ainda uma ocorrência de pessoa não binária (que não se identifica com o gênero masculino ou feminino) e 01 heterossexual, confundido com um gay.²¹

O simples diagnóstico da gravidade da discriminação contra à Comunidade LGBTQIAP+, não vem sendo suficiente para impor ao poder público o dever de adotar medidas mais eficazes de combate todas as formas de discriminação de gênero e orientação sexual que as atualmente existentes.

Apesar de observarem-se iniciativas administrativas e legislativas de combate à discriminação, verifica-se que tais medidas, não têm sido suficientes. Verifica-se assim, que a insuficiente proteção estatal dos direitos fundamentais, pois ninguém pode ser privado de seus direitos e sofrer

discriminação em razão de sua orientação sexual ou em razão de sua identidade de gênero.

O exemplo apresentado inicialmente, demonstra conflito lastreado na cultura de não aceitação da diversidade, principalmente com relação às pessoas da Comunidade LGBTQIAP+.

Se todas as pessoas são únicas e especiais a seu modo, quem haveria de ser "mais" ou "melhor" do que o outro? Somos únicos como indivíduos e por isso somos diferentes uns dos outros. Mas nem todos veem a diferença com bons olhos, pois, o respeito ao outro, e aos seus direitos, é apenas um discurso em nossa sociedade.

Observamos que dentro de grupos ou camadas sociais existem infinitas diferenças, pois cada indivíduo é único, contudo igual. Assim somos iguais e diferentes.

O respeito à diversidade é imprescindível para qualquer sociedade justa. Precisamos construir bases sólidas e estruturas sociais que sejam efetivamente diversas e plurais. Para isso, é necessário atuar com disciplina, perseverança, mas acima de tudo, com alteridade, olhando uns para os outros; percebendo nossas diferenças e nossa pluralidade.

São essas diferenças a maior força da humanidade. Nós não somos sozinhos, precisamos uns dos outros. Se faz necessário olhar para o outro e enxergar que essa diversidade é a nossa maior vantagem. A diversidade é que move a humanidade no caminho do bem estar. O progresso, com justiça, está na nossa pluralidade e diversidade.

Os direitos humanos não são constituídos de uma só vez, nem de uma vez por todas. É uma construção permanente de avanços, arranjos e, às vezes, retrocessos. Assim, o reconhecimento e a valorização das diferenças é um exercício necessário para a vida pessoal e comunitária.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 dez 2022.

Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 16 dez 2022

21 CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa Da Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em: 15 dez 2022.

¹⁹ GOV.BR. Denunciar violação de direitos humanos. O Disque 100 é um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos, atendendo graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos#:~:text=As%20liga%C3%A7%C3%B5es%20podem%20ser%20feitas,Crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em 16 dez 2022.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.690/Ceará. Partes: João Viane Gomes e outros. Relator Ministro Celso de Mello. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 07/12/2006. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22MS%2022690%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&ort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 477.554/ Minas Gerais. Partes: Edson Vander de Souza e outros. Relator Ministro Celso de Mello. 26 de agosto de 2011. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 26/08/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22RE%20477554%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&ort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733/Distrito Federal. Partes: Associação Brasileira De Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e outros. Relator Ministro Edson Fachin, 29 de setembro de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 29/09/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432699/false>. Acesso em 14 dez 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/Distrito Federal. Partes: Partido Popular Socialista e outros. Relator Ministro Celso de Mello, 06 de out de 2020. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Brasília. Publicado em 06/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 14 dez 2022. AMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Legislação Participativa Da Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/brasil-e-o-pais-que-mais-mata-populacao-lgbtqia-clp-aprova-seminario-sobre-o-tema>. Acesso em 15 dez 2022. GOV.BR. Denunciar violação de direitos humanos. O Disque 100 é um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de

violações de direitos humanos, atendendo graves situações de violações que acabaram de ocorrer ou que ainda estão em curso, acionando os órgãos competentes e possibilitando o flagrante. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos#:~:text=As%20liga%C3%A7%C3%B5es%20podem%20ser%20feitas,Crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em 16 dez 2022.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. Salvador. JusPodivm. 2021. P.265.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e sociocriminológicos. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Geraldo e outros, Leis Especiais Anotadas, 9ª ed. Millenium: SP, 2007