

APLICAÇÃO DA LEI DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL NOS CASOS DE HOMOTRANSFOBIA¹

Application of the Racial Discrimination Law in cases of homo-transphobia

Tiago Fuchs MARINO²

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar a possibilidade de aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os atos de discriminação homotransfóbica. Para tanto, será abordada a negligência do Congresso Nacional na edição de norma destinada à criminalização da homotransfobia, com base em estatísticas atuais e premissas contidas na Carta Magna. Por conseguinte, ponderar-se-á sobre a construção dos termos “raça” e “racismo” pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 82.424/RS, que autoriza uma interpretação extensiva da Lei n. 7.716/1989, capaz de atender o compromisso constitucional do Estado no combate a todas as espécies de discriminação atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE

Homofobia. Transfobia. Racismo. Lei n. 7.716/1989. Habeas Corpus 82.424/RS.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the possibility of applying Law number 7.716/1989 for acts of homo-transphobic discrimination. Hence, it will focus on the National Congress's negligence on making a law to criminalize homo-transphobia, based on current statistics and premises of the Constitution. Therefore, it will consider the building of the terms “race” and “racism” by Brazilian Supreme Court on Habeas Corpus n. 82.424/RS, which allows an extensive interpretation of Law number 7.716/1989 that is capable of meeting the State constitutional commitment on fighting all kinds of discrimination against fundamental rights and liberties.

KEYWORDS

Homophobia. Transphobia. Racism. Law number 7.716/1989. Habeas Corpus 82.424/RS.

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, através da Resolução n. 217-A, assentou uma obrigação internacional de combate à discriminação em todas as suas formas³.

¹ Artigo apresentado no II Encontro Científico da XXXVII Semana Jurídica do curso de Direito da UNIGRAN e indicado pela comissão julgadora para publicação, aborda a possibilidade de aplicação da Lei n. 7.716/1989 para os atos de discriminação homotransfóbica.

² Graduado em Direito no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Assessor Jurídico no Ministério Público Federal – Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: tiagomarin@icloud.com

³ Artigo II – 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. (...)

Por conseguinte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, batizada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de “Constituição Cidadã”, estabeleceu como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de preconceito ou discriminação (art. 3º, I e IV)⁴. Sobre esse último aspecto, o legislador constituinte teve o cuidado de dispor que a lei puniria qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI)⁵.

Não por acaso se firmou tal compromisso. Ao longo da história, foram inúmeras as violações aos interesses e liberdades das minorias sociais, na medida em que a diversidade era constantemente utilizada como justificativa para tolher ou mitigar direitos. Merecem destaque, por exemplo, a escravidão, o processo de exploração colonial, o nazismo e diversas outras discriminações pautadas na cor, na etnia, no sexo, na idade, na classe, na religião, na procedência nacional e, por fim, na orientação sexual e na identidade de gênero.

Nesse panorama, o Congresso Nacional editou várias leis destinadas à repressão de atos discriminatórios que interferem no pleno gozo dos direitos fundamentais das minorias, inclusive com medidas de natureza criminal, admitindo-se a existência de bens jurídicos relevantes (como a dignidade, a honra e a integridade física e psíquica do ser humano), que reclamavam a intervenção do Direito Penal⁶.

A título exemplificativo, vale citar a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e, inclusive, criminaliza condutas discriminatórias; a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e criminaliza condutas que atentam contra a pessoa idosa; a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; e a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, que insere o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e o inclui no rol dos crimes hediondos.

Não obstante, ainda não existe no país lei que criminalize a prática da homofobia

Artigo VII – Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

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

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

5 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: (...)

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...)

6 Não se pode perder de vista que “o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas mais graves e perigosas praticadas contra bens relevantes” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral – 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56).

e da transfobia, sendo certo que a excessiva demora na tramitação legislativa de projetos dessa natureza promove um estado de proteção insuficiente à população LGBT.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS PROJETOS DE LEI QUE OBJETIVAM A APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE NATUREZA CRIMINAL PARA OS ATOS DE HOMOTRANSFOBIA

O Projeto de Lei (PL) n. 5.003, de 7 de agosto de 2001, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), cujo objetivo principal era determinar sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas, foi aprovado originariamente na Câmara dos Deputados em 23 de novembro de 2006 – isto é, após 5 (cinco) anos de tramitação⁷.

Em 7 de dezembro de 2006, o mencionado projeto foi remetido ao Senado Federal, onde foi convertido para o PL n. 122, de 12 de dezembro de 2006, apensado ao PL n. 236, de 9 de julho de 2012 (novo Código Penal), também do Senado Federal e arquivado em 26 de dezembro de 2014⁸.

É de se admitir que o processo legislativo no Brasil é bastante lento e deficiente, contudo este não parece ser o único motivo do embaraço da criminalização da LGBTfobia. Para ilustrar tal raciocínio, cita-se novamente a Lei n. 7.716/1989 (Lei de Discriminação Racial), cuja proposta, de autoria do deputado Carlos Alberto Caó (PDT/RJ), foi apresentada na Câmara dos Deputados em 11 de maio de 1988 e cuja promulgação ocorreu em 5 de janeiro de 1989⁹. Ou, ainda, a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que foi proposta pelo Poder Executivo em 12 de dezembro de 2004 e promulgada em 7 de agosto de 2006¹⁰. Ou, mais recentemente, a Lei n. 13.104/2015 (que inseriu a figura do feminicídio no Código Penal), proposta em 15 de julho de 2013 e promulgada em 9 de março de 2015¹¹.

Todos os diplomas legais supramencionados foram promulgados após menos de 2 (dois) anos da apresentação de suas respectivas propostas, enquanto o projeto de lei que visa criminalizar a LGBTfobia atualmente conta com mais de 15 (quinze) anos sem que tenha sido aprovado. A atitude do Poder Legislativo revela, sobretudo, o conservadorismo dos parlamentares e representa verdadeira hierarquização dos atos de discriminação e de violência praticados contra as minorias. Ora, malgrado a Constituição Federal enuncie expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos

7 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

8 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

9 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

10 Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

11 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), o Congresso Nacional transmite a ideia de que alguns atos discriminatórios e preconceituosos merecem atenção e reprimenda estatal, ao passo que outros não.

Insta salientar que, com a superação de visões preconceituosas e retrógradas sobre a homossexualidade, tal como a que a concebe como pecado divino – cujo argumento é incompatível com a laicidade do Estado (art. 19, I)¹² e com a liberdade religiosa (art. 5º, VI)¹³ e, ambos da CF) – ou a que a tratava como “doença”, hoje totalmente superada no âmbito da Medicina¹⁴ e da Psicologia¹⁵, não remanesce qualquer justificativa para se ignorar a discriminação contra o referido grupo.

3. A NECESSIDADE DE SE ADOPTAR MEDIDAS CRIMINAIS PARA COIBIR A HOMOFOBIA E A TRANSFOBIA

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República elaborou o *Relatório Sobre Violência Homofóbica¹⁶ no Brasil: ano de 2013¹⁷*, que revela a necessidade de o Estado adotar providências, de natureza criminal, para coibir e penalizar atos discriminatórios perpetrados contra a população LGBT.

Na pesquisa, ressaltou-se a dificuldade de realizar a colheita de dados sobre esse tipo de violência em virtude da subnotificação. É que, por conta da intolerância enraizada no seio da sociedade e da ausência de resposta firme do Poder Público diante dos casos de homotransfobia, verifica-se, não raras vezes, a naturalização da violência ou a culpabilização da vítima como únicas consequências possíveis do ato, de modo que as estatísticas auferidas não correspondem à totalidade das violações efetivamente ocorridas, mas apenas àquelas comunicadas ao Poder Público.

De todo modo, consignou-se que os números apontaram para um grave quadro de violências homofóbicas no Brasil no ano de 2013, com “9,31 violações de direitos humanos de caráter homofóbico do total de violações no dia. A cada dia, durante o

12 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

13 VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

14 A OMS retirou o “homossexualismo” (sic) do seu catálogo oficial de doenças em 1985. E, desde 1995, ao tratar da condição do homossexual, ela aboliu nos seus documentos o uso do sufixo “ismo” – que denota condição patológica – substituindo-o pelo sufixo “dade” – que designa o modo de ser da pessoa.

15 No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 1/99, que “estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual”, vedando qualquer tipo de postura discriminatória.

16 O termo “homofobia” foi utilizado, no aludido relatório, como qualquer preconceito ou discriminação (e demais violências daí decorrentes) contra pessoas em função de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero presumidas. A lesbofobia, a transfobia e a bifobia foram compreendidas pelo termo amplo “homofobia”.

17 Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

ano de 2013, 5,22 pessoas foram vítimas de violência homofóbica do total de casos reportados¹⁸.

Segundo relatório elaborado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) foi noticiado 318 mortes de LGBTs no Brasil em 2015, isto é, uma morte a cada 27 horas. Em detalhes: 52% gays, 37% travestis e 16% lésbicas. Atentou-se que tais crimes também atingiram heterossexuais: 7% confundidos com homossexuais e 1% amantes de travestis.¹⁹

Outro importante dado é o apresentado pela organização *Transgender Europe* no relatório *Trans Murder Monitoring (TMM)* de 2015, que indica o Brasil como o país com a maior taxa de homicídios praticados contra transexuais no mundo. Estimou-se que, entre 2009 e 2014, 689 pessoas foram assassinadas por sua mera condição de transexual.²⁰

Mesmo diante dos alarmantes resultados apontados, os núcleos mais conservadores de parlamentares brasileiros insistem na (ilusória) premissa de que as discriminações (e manifestações de violência delas decorrentes) pautadas pelo gênero ou orientação sexual são suficientemente reprimidas pelo Estado, seja através de medidas não-penais, seja através de delitos já existentes em nosso ordenamento jurídico. Alguns chegam a afirmar que a criminalização dos atos de LGBTfobia consistiria em um “privilégio” incompatível com o princípio da isonomia estampado no artigo 5º da Carta Magna.

Ora, tal pensamento não se coaduna o cenário acima reportado. Aliás, tal perspectiva é superada pela mera leitura do já mencionado inciso XLI²¹ do artigo 5º da Constituição Federal, bem como do inciso XLII²² daquele dispositivo, que confere tratamento especial ao crime de racismo.

De toda sorte, cumpre esclarecer que, se em um primeiro momento o Direito buscou a proteção da sociedade de forma geral e abstrata contra arbitrariedades do Estado, satisfazendo-se com a premissa de que “todos são iguais perante a lei” (igualdade formal), posteriormente passou a buscar a proteção de cada indivíduo como ser único que é, dotado de particularidades e dificuldades que merecem a atenção do Estado, de maneira a se garantir um ideal de justiça social e distributiva que, ao mesmo tempo, seja capaz de reconhecer plenamente a pluralidade de identidades (igualdade material)²³.

18 Observou-se, ainda, que as violências psicológicas foram as mais reportadas, com 40,1% do total apurado, seguidas pelas discriminações, com 36,4% e violências físicas, com 14,4%. Por fim, também se averiguou 3,6% de negligências e 5,5% de outros tipos de violação. No que se refere à violência psicológica, concluiu-se pelos seguintes percentuais: humilhações (36,4%), hostilizações (32,3%), outros tipos de violência (26%), ameaças (16,2%), calúnias/injúrias/difamações (7,6%), perseguições (3,6%), chantagens (0,9%) e infantilização (0,4%). Já sobre a violência física, as lesões corporais são as mais reportadas (52,5%). Em seguida, os maus-tratos (36,6%), tentativas de homicídio (4,1%), homicídios (3,8%), cárcere privado (1,8%) e autoagressão (0,4%).

19 Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

20 Disponível em: <<http://tgen.org/tmm-idabot-update-2015/>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

21 XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

22 XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

23 SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49).

Além disso, os crimes de ódio, motivados por discriminação, preconceito e intolerância, certamente devem receber uma resposta mais firme do Poder Público. Isso porque transcendem a figura da vítima e produzem reflexos a todo o grupo social em que ela pertence (a comunidade LGBT, a população negra, os adeptos de determinada religião, etc.), transmitindo-lhe uma constante sensação de insegurança e perturbação que pode culminar em extrema dificuldade de autoaceitação e, por vezes, até autoagressão.

Como já se demonstrou, ciente desses argumentos, o Poder Legislativo já destinou medidas criminais para proteger a dignidade de várias outras minorias sociais, consideradas em sua coletividade.

Ao que parece, o cerne da questão não se encontra na (não) violação do princípio da isonomia, mas recai exclusivamente sobre uma dificuldade em aceitação da população LGBT, o que, repisa-se, revela somente o excessivo conservadorismo de grande parte dos legisladores. Tãmanha é essa dificuldade que o Supremo Tribunal Federal precisou agir diante da inércia do Poder Legislativo acerca da extensão de direitos civis fundamentais aos casais homoafetivos. Em maio de 2011, os ministros da Suprema Corte julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277²⁴ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132²⁵, reconhecendo a união estável para casais do mesmo sexo. Também não há como se sustentar que existem, em nosso ordenamento jurídico, tipos penais comuns capazes de reprimir, por completo, a homofobia – isto é, os crimes de homicídio, ameaça, injúria, difamação, lesão corporal, etc.

Ainda que se desconsidere o argumento acerca da maior gravidade dos crimes de ódio, podemos presenciar frequentemente condutas homofóbicas que não estão sujeitas a qualquer reprimenda de natureza criminal. Como exemplo, temos atos (motivados pela orientação sexual do indivíduo ou por sua identidade de gênero) de negativa ou óbice no acesso em cargos e empregos, de impedimento de ingresso ou hostilização em determinados estabelecimentos, de proibição ou restrição de livre expressão e manifestação de afetividade, etc.

Maior destaque merece, contudo, a indução e/ou incitação de preconceito ou discriminação à população LGBT. Sobre essa prática, faz-se mister analisar um caso concreto que permaneceu impune dada a inexistência de tipo penal específico voltado à repressão da homotransfobia.

No dia 30 de março de 2011, o deputado federal Marco Antônio Feliciano publicou em sua conta pública na rede social *Twitter* que: “A podridão dos sentimentos dos

24 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 05/05/2011, publicação: 13/10/2011.*

25 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. ADPF 132/RJ, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 05/05/2011, publicação: 13/10/2011.*

homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a (*sic*) rejeição”.²⁶ Por conta disso, a Procuradoria-Geral da República ofereceu denúncia perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal²⁷, pretendendo a condenação do parlamentar nas penas do artigo 20 da Lei n. 7.716/1989²⁸, cujos fundamentos, a propósito, se coadunam com o objeto da presente pesquisa e serão adiante explorados.

Ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do feito, entendeu pela atipicidade da conduta, argumentando que o dispositivo de lei imputado ao denunciado versava “sobre a discriminação ou o preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da (*sic*) opção sexual do cidadão ou da cidadã”.

Não obstante as ressalvas feitas pelos magistrados da Suprema Corte²⁹, a exordial acusatória foi rejeitada e o discurso de ódio propagado por Marco Feliciano na *internet* permaneceu impune na seara criminal, o que refuta, por si só, o argumento de que as condutas de homofobia são suficientemente coibidas pelos crimes já previstos em nosso ordenamento jurídico. De mais a mais, o posicionamento dos ministros contradisse a própria jurisprudência firmada pelo Tribunal, que sensatamente já entendera pela interpretação extensiva da Lei de Discriminação Racial, conforme será explanado no tópico seguinte.

4. AS DEFINIÇÕES DE “RAÇA” E DE “RACISMO” RECONHECIDAS PELO STF NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 82.424/RS E, POR CONSEQUÊNCIA, A APLICAÇÃO DA LEI N. 7.716/1989 PARA OS ATOS DE HOMOTRANSFOBIA

Em 2013, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT impetrou perante o Supremo Tribunal Federal Mandado de Injunção coletivo contra o Congresso Nacional, dada à demora no provimento de legislação protetiva destinada à comunidade LGBT, contra as inúmeras violações sofridas³⁰.

Postulou-se, em síntese, pelo reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais.

26 G1. Deputado vê ‘podridão’ em gays e diz que há ‘maldição’ sobre africanos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

27 STF – IPL n.º 3.590/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento: 12/08/2014, publicação: 12/09/2014.

28 Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei n.º 9.459, de 15/05/97) Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei n.º 9.459, de 15/05/97)

29 O Ministro Luís Roberto Barroso considerou a postagem “problemática do ponto de vista do seu conteúdo”, “um comentário preconceituoso”, “de mau gosto” e “extremamente infeliz” e o Ministro Luiz Fux asseverou o seguinte: “que se divulgue que nós entendemos que não há tipicidade, muito embora entendamos reprovável essa conduta”.

30 Mandado de Injunção n. 4.733/DF, pendente de julgamento.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral da República deu parecer favorável ao efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo, com as implicações naturais decorrentes.

No corpo da fundamentação, apresentou-se como *ratio legis* decisão já proferida pela Suprema Corte, senão vejamos:

Em memorável julgamento ocorrido em 17 de setembro de 2003 nos autos do Habeas Corpus n. 82.424/RS³¹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento importante sobre discriminação e racismo e estabeleceu uma nova interpretação dos termos constantes na Lei 7.716/89, de maneira a lhes garantir uma aplicação condizente com o pensamento da sociedade moderna.

O referido habeas corpus foi impetrado perante o Pretório Excelso em favor de Siegfried Ellwanger, escritor que fora condenado, em instância recursal, com base no artigo 20 da Lei de Discriminação Racial, por publicar, vender e distribuir material anti-semita. Utilizando-se daquele remédio constitucional, os impetrantes alegaram que o delito de discriminação anti-semita não teria conotação racial para ser considerado imprescritível, nos termos do artigo 5º, XLII, da Constituição da República³².

A tese que se procurava sustentar foi a de que, superada a ideia científica de raça, o crime de racismo se tornara impossível. O racismo tal qual o legislador se referira era a conduta que, fundada em supostas diferenças genéticas entre raças, defendia a superioridade ou inferioridade, maldade ou bondade intrínseca de um e outro grupo. O indivíduo era preconcebido a partir de sua “raça” e não de seu protagonismo existencial, social e moral.

Ao indeferir a ordem por maioria de votos (vencidos o relator Ministro Moreira Alves e o Ministro Carlos Britto), o Tribunal concluiu pela necessidade de realizar uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Magna, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais para elaborar uma definição jurídico-constitucional do termo “racismo”.

Digno de nota foi o voto do ministro Maurício Corrêa, que fez referência ao Projeto Genoma Humano (PGH), cujas conclusões iniciais haviam sido divulgadas em 26 de junho de 2000, e pontuou que a genética banuiu por completo o conceito usual de “raça”, de tal sorte que “brancos, negros e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias”. Por derradeiro, entendeu que a divisão dos seres humanos nas chamadas “raças” não decorreria de um processo biológico, mas de um processo político-social baseado na intolerância do grupo dominante quanto às diferenças físicas, culturais ou comportamentais de uma minoria, daí resultando-se o fenômeno do “racismo”.

31 STF - HC 82.424 RS, Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento: 17/09/2003, publicação: 19-03-2004.

32 XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Em síntese, a Corte firmou o entendimento de que o racismo traduz “valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se dispensa tratamento desigual da dominante”. Sedimentou-se, portanto, que o conceito de “raça” adotado por longo tempo, com a tradicional subdivisão dos indivíduos em caucasianos, mongoloides e negroides é retrógrada, não podendo mais ser utilizado pelos juristas.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa mencionou trecho de texto de autoria Uadi Lamêgo Bulos acerca da moderna definição de “racismo”, que merece transcrição: “todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, etc”³³.

Adequando o vocábulo “racismo” à realidade contemporânea, o Supremo Tribunal Federal acertadamente assentou que o crime de discriminação contra os judeus, amparado na descrição do artigo 20 da Lei de Discriminação Racial, seria imprescritível, conforme previsão constitucional. E diante dessa adequação, parece ser plenamente possível que a Lei n. 7.716/1989 também possa ser aplicada a qualquer outro tipo de discriminação ou preconceito (que não aqueles expressamente previstos em sua redação) que também implique na tentativa de segregação de uma minoria.

Ora, esta é a condição na qual a comunidade LBGT se vê rotineiramente submetida: uma identificação preconceituosa, classificatória e discriminatória, que a vê como massa homogênea, intrinsecamente inferior e imoral, geradora de condutas socialmente indesejáveis/reprováveis. É o que se estampa na declaração do deputado Marco Feliciano: o homossexual, por ser homossexual, possui sentimentos podres, geradores de ódio, crime e rejeição.

Nesta perspectiva, o indivíduo enquanto sujeito autônomo não existe. O que impera é o estereótipo generalizado, previsivelmente cognoscível. É o suposto “ser em si” que passa a ser reprovado.

Guilherme de Souza Nucci já afirmou que: “[...] não se poderia intitular a Lei 7.716/89 como aquela que ‘define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor’ E as inúmeras outras maneiras de externar e fazer valer a discriminação? Valeria, então, titulá-la como sendo a lei que ‘define os crimes resultantes de preconceito de qualquer espécie’ [...]”³⁴

Como já assentado, esta tese já foi submetida à apreciação da Suprema Corte no Mandado de Injunção nº 4.733/DF impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT em face do Congresso Nacional para, justamente,

33 BULOS *apud* STF, HC n.º 82.424/RS, voto do Ministro Maurício Correa, p. 28.

34 NUCCI, *Guilherme de Souza. Leis penais e processuais comentadas*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 297.

obter reconhecimento de que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo, de maneira a admitir a aplicação da Lei de Discriminação Racial; e, além disso, ver declarada a mora inconstitucional do Congresso Nacional quanto à criminalização da homofobia.

O pedido, inicialmente, não foi conhecido pelo eminente Ministro Relator Ricardo Lewandowski, sob o fundamento de que não havia direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição estivesse obstada pela regulamentação legal³⁵.

Naquela oportunidade, foi acolhido o parecer da Procuradoria-Geral da República³⁶ e entendeu-se que, além dos dispositivos presentes no Código Penal que já tutelam os bens jurídicos usualmente ofendidos nos atos de homofobia, a discriminação ou o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais já poderiam, de fato, ser enquadrados como modalidade de racismo, aplicando-se a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (especialmente o artigo 20), de modo que a impetração do *mandamus* seria descabida.

A ABGLT interpôs agravo regimental contra a decisão do Ministro Relator e, em manifestação louvável, a Procuradoria-Geral da República, já sob a titularidade de Rodrigo Janot, reviu posicionamento anterior e opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, Em 15/06/2016, o Ministro Edson Fachin, ao assumir a relatoria do feito em substituição ao Ministro Lewandowski, reconsiderou a decisão monocrática inicialmente proferida e assentou o cabimento do mandado de injunção “para o efeito de examinar a denegação ou a concessão do provimento requerido caso demonstrada a possibilidade de suprimento judicial da lacuna apontada”.³⁷ Atualmente, o processo encontra-se pendente de julgamento.

Com objeto e linha argumentativa semelhantes, também tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26/DF, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) e sob relatoria do Ministro Celso de Mello, que se encontra na fase de inclusão de *amici curiae*.

Em corajosa afirmação dos direitos das minorias, a PGR, mais uma vez, reconheceu a necessidade de se adotar medida criminal para coibir a prática da LGBTfobia na sociedade. Para tanto, consignou que os crimes previstos pela Lei n. 7.716/1989 abarcam os atos de discriminação em virtude da orientação sexual e da identidade de gênero, devendo o conceito de “racismo” ser interpretado de acordo com o princípio da dignidade

35 STF - MI: 4.733/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, data da decisão: 23/10/2013, publicação: 25/10/2013.

36 O então Procurador-Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, opinou pelo não cabimento do mandado de injunção, com a consequente extinção do feito sem julgamento do mérito.

37 STF - MI: 4733/DF. Relator: Edson Fachin, decisão monocrática, data da decisão: 15/06/2016, data da publicação: 16/06/2016.

da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito.³⁸

Ora, se o Pretório Excelso já concluiu que o conceito de “racismo” não deve ser interpretado em sua mera literalidade, mas sim a partir de uma análise de fatores sociais e políticos que levam à segregação de determinado grupo em virtude de características físicas, sociológicas ou psíquicas em comum, demonstra-se razoável considerar como “racismo” qualquer ato que implique a exclusão e a subjugação de uma minoria social homogênea, em virtude dos mais variados critérios – cor da pele, sexo, condição econômica, orientação sexual ou identidade de gênero – tidos como indesejáveis ou inferiores pelo grupo dominante.

Tendo em vista que a genética excluiu a possibilidade de separação dos seres humanos em “espécies” biológicas (ou raças, em sua acepção literal e obsoleta), bem como à minguada de medidas destinadas à proteção de uma minoria contra atos de segregação, não se pode limitar a aplicação da Lei n. 7.716/1989, sob pena de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A Constituição da República é clara ao afirmar que a “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inciso XLI). Sendo assim, adotando-se o conceito de “racismo” proposto, consagrado pelo STF no HC 82.424/RS, apenas se estaria viabilizando a aplicação da Lei n. 7.716/1989 em conformidade com o ordenamento constitucional, diante da manifesta inércia do Congresso Nacional.

Nesse diapasão, calha registrar que as modalidades de interpretação extensiva e conforme a Constituição compreendem técnica há muito utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Através dela, é possível buscar o sentido profundo das normas, eliminando interpretações superficiais, resultantes de leituras apressadas e sem reflexão mais demorada. Dessa forma, obtêm-se, ao máximo, as potencialidades das leis e dos atos normativos, prestigiando, assim, os princípios da supremacia da constituição e da unidade do ordenamento jurídico³⁹.

Já se realizou a interpretação de textos legislativos, conferindo-lhes maior ou menor extensão à literalidade, de que são exemplos, no âmbito civil, a contemplação das uniões homoafetivas no artigo 1.723 do Código Civil (ADI 4.277/DF, relator Ministro Ayres Britto, julgada em 5 de maio de 2011) e, no âmbito criminal, a exclusão, do artigo 287 do Código Penal, de “qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos” (ADPF 187/DF, relator Ministro Celso de

38 Manifestação 110.474/2015-A3[Const/S.AJ]/PGR de 15 de junho de 2015 nos autos da ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pendente de julgamento.

39 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 469.

Mello, julgada em 15 de junho de 2011)⁴⁰.

Tal reflexão não importa em analogia *in malam partem*, técnica vedada em Direito Penal. É que a analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei disposição relativa a um caso semelhante. Através dela, tenta-se, ao máximo, demonstrar que o caso concreto é similar ao previsto pelo legislador, de modo que merece a aplicação do mesmo dispositivo legal. Não se interpreta a lei, apenas aplica-lhe⁴¹.

A exposta tese não pretendeu meramente estabelecer uma relação de semelhança entre os atos de discriminação que vitimam as pessoas negras e aqueles que atingem a população LGBT ou alegar que, por receberem tratamento similar da sociedade, no tocante à estigmatização e/ou exclusão social, os homossexuais e transexuais merecem, por analogia, a mesma proteção que o povo negro. O que se argumentou é que as discriminações pautadas na orientação sexual e na identidade de gênero do indivíduo já estavam, na verdade, abrangidas pela própria construção histórico-social do significado de “racismo”, de tal forma que também se sujeitam às penas previstas na Lei n. 7.716/1989. Faz-se uma espécie de interpretação extensiva, chamada de progressiva, adaptativa ou evolutiva, que é plenamente admissível em matéria criminal. Por meio dela, adapta-se a lei às necessidades e concepções do presente, ante a premissa de que o juiz não pode viver alheio às transformações sociais, científicas e jurídicas da sociedade⁴².

Damásio de Jesus defende que “é mister adaptar a norma, como sua própria vontade o permite, às novas necessidades da época”. E, ilustrativamente, menciona como exemplo as expressões “doença mental” e “coisa móvel”, dos artigos 26 e 155 do Código Penal, que a passaram a ser interpretadas segundo os progressos da Psiquiatria e da Indústria⁴³. O mesmo raciocínio deve ser utilizado quanto ao termo “racismo”.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à colação o entendimento de Guilherme de Souza Nucci sobre o assunto:

[...] Parece-nos que é racismo, desde que, na esteira da interpretação dada pelo STF, qualquer forma de *fobia*, dirigida ao ser humano, pode ser manifestação *racista*. Daí por que inclui-se no contexto da Lei 7.716/89. Nem se fale em utilização de analogia *in malam partem*. Não se está buscando, em um processo de equiparação por semelhança, considerar o ateu ou o homossexual alguém parecido com o integrante de determinada raça. Ao contrário, está-se negando existir um conceito de raça, válido para definir qualquer agrupamento humano, de forma que racismo ou, se for preferível, a discriminação ou o preconceito de raça é somente uma manifestação de pensamento segregacionista,

40 Tal raciocínio foi reproduzido na Manifestação 4.414/2014-AJ/Const/SAJ/PGR de 25 de julho de 2014 da Procuradoria-Geral da República nos autos do MI nº 4.733/DF, então de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

41 JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

42 JESUS, Damásio de. *Direito Penal: Parte Geral*, vol. 1. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 85.

43 *Op. cit.*, p. 87-88.

voltada a dividir os seres humanos, conforme qualquer critério leviano e arbitrariamente eleito, em castas, privilegiando umas em detrimento de outras [...] Logo, ser ateu, homossexual, pobre, entre outros fatores, também pode ser elemento de valoração razoável para evidenciar a busca de um grupo hegemônico qualquer de extirpar da convivência social indivíduos indesejáveis [...]⁴⁴

Segundo o entendimento de Nucci, não haveria que se falar em analogia, uma vez que se está diante de um único fenômeno (o “racismo”, em sua acepção contemporânea). E, consistindo a homofobia em mera espécie de tal fenômeno, subsume-se automaticamente às normas penais dele decorrentes – *in casu*, aos tipos penais previstos na Lei de Discriminação Racial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi exposto, devem ser extraídas algumas conclusões: 1) os termos “raça” e “racismo” estão presentes em nossa legislação; 2) as definições de tais termos, como quis o legislador, encontram-se cientificamente superadas; 3) logo, tornou-se necessário que o Poder Judiciário, a quem foi outorgada a função de intérprete e aplicador da lei, lhes construísse novo sentido em caso concreto, capaz de atender os atuais valores e costumes da sociedade⁴⁵.

Em notável reflexão formulada no julgamento do HC n. 82.424/RS, a Suprema Corte construiu um conceito contemporâneo para o vocábulo “racismo”, capaz de atender o compromisso do Estado, seja no âmbito interno (em dispositivo da própria Constituição), seja no âmbito internacional, de punir – destaque-se – todas as espécies de discriminação atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais.

Ao definir “racismo” como qualquer forma de discriminação ou preconceito praticada contra certo grupo, pautada em características socialmente semelhantes – e, ressalte-se, não apenas a cor da pele das vítimas –, de modo a configurar uma “raça distinta”, a qual se dispensa tratamento desigual do grupo dominante, a Corte expandiu a aplicação da Lei n. 7.716/1989, possibilitando sua utilização nos casos de homotransfobia que, como visto, são negligenciados pelo Poder Legislativo.

Essa conclusão, longe de implicar em analogia *in malam partem*, teria suporte nas técnicas de interpretação extensiva e conforme a Constituição, adotadas com frequência pelo Poder Judiciário nos últimos anos, com o escopo de adaptar a norma aos anseios da sociedade e de fazer valer a supremacia da Carta Magna.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais comentadas*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 305.

45 *Cumpra ao Poder Judiciário “suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência” (STF – HC 82.424/RS – vide nota 31).*

A julgar pela ampliação do conceito de racismo sedimentada pelo STF por ocasião do julgamento do HC n. 82.424/RS, bem como pelo parecer prévio do ministro Edson Fachin ao MI n. 4.733/DF, a envergadura da doutrina de Guilherme de Souza Nucci, a razoabilidade dos pareceres da PGR, as contínuas violações dos direitos da comunidade LGBT e a incompreensível lacuna legislativa protetiva da dignidade humana da comunidade LGBT, espera-se que o julgamento do MI n. 4.733/DF e da ADO n. 26/DF, ao seu tempo, venham compor o rol dos mais importantes julgamentos da Suprema Corte.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** – 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12/08/2016.

BRASIL. **Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em 12/08/2016.

BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de **1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm>. Acesso em: 12/08/2016.

BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em 12/08/2016.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 12/08/2016.

BRASIL. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como

circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em 12/08/2016.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação 110.474/2015-AsJConst/SAJ/PGR** de 15 de junho de 2015 nos autos da ADO 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pendente de julgamento.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Manifestação 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR** de 25 de julho de 2014 nos autos do MI n. 4.733/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de julgamento.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 5.003, de 7 de agosto de 2001** (Câmara dos Deputados). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 122, de 12 de dezembro de 2006** (Senado Federal). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Relatório Sobre Violência Homofóbica no Brasil**: ano de 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/dados-estatisticos/Relatorio2013.pdf>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.277/DF**, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 05/05/2011, publicação: 13/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ**, Relator: Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 05/05/2011, publicação: 13/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424 RS**, Relator: Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgamento: 17/09/2003, publicação: 19-03-2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **IPL 3.590/DF**, Relator: Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento: 12/08/2014, publicação: 12/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI: 4.733/DF**. Relator: Edson Fachin, decisão monocrática, data da decisão: 15/06/2016, data da publicação: 16/06/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI: 4.733/DF**, Relator: Ministro Ricardo

Lewandowski, decisão monocrática, data da decisão: 23/10/2013, publicação: 25/10/2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Relatório 2015: Assassinatos de LGBT no Brasil**. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

G1. **Deputado vê ‘podridão’ em gays e diz que há ‘maldição’ sobre africanos**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**, vol. 1. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ONU, Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12/08/2016.

SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela. PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring (TMM) – 2015**. Disponível em: <<http://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/>>. Acesso em 15 de julho de 2016.

Revista Jurídica Unigran

Recebido em: 12. 09.2017
Aprovado em:
26.10.2017 – 1º parecer
08.11.2017 – 2º parecer

Como citar:

MARINO, Tiago Fuchs. Aplicação da lei de discriminação racial nos casos de homotransfobia. **Revista Jurídica Unigran**. Dourados, vol. 19, n. 38, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_atual/artigos/artigo01.php> Data de acesso.