



Expresso DH

NOTA TÉCNICA nº. 03/2022

O Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos, nos termos do artigo 9º, inciso IV, da Resolução 004/2021-CPJ, de 05 de agosto de 2021, a fim de uniformizar a atuação institucional, respeitada a independência funcional do respectivo membro do MPPA (órgão de execução), elaborou a presente **NOTA TÉCNICA**.

Assunto: A ADO nº. 26 e a “criminalização” da LGBTfobia.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

A Constituição da República de 1988 e os recentes Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos assinados pelo Brasil trouxeram uma nova perspectiva jurídica acerca da pluralidade de indivíduos que compõem a sociedade. Em especial, no que toca à Carta Magna que rege nosso país, introduziu-se um princípio nuclear, do qual se irradiam tantos outros: a **dignidade da pessoa humana**. Verifica-se, portanto, que o Estado não possui apenas o dever de não praticar atos que violem esse princípio, mas que também deve promover uma concreta vida com dignidade para os cidadãos (SARMENTO, 2002).

Nesse sentido, a CRFB/88 conferiu protagonismo ao Ministério Público na proteção de direitos, cabendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, de acordo com seu artigo 127.

A fim de harmonizar sua atuação com a missão constitucionalmente atribuída ao órgão, o MP deve voltar seus esforços, com especial cautela, àqueles que constantemente se encontram em situações violadoras de direitos humanos, buscando a aproximação com a sociedade civil e seus movimentos, conforme consta na Recomendação nº 61/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, para assegurar maior efetividade às suas demandas e, consequentemente, maior dignidade.

Dentre os grupos mais vulnerabilizados socialmente está a comunidade LGBTI que, não raro, encontra o primeiro desamparo no próprio seio familiar. Posteriormente, a história se repete: rejeitados nos ambientes sociais e educacionais, também se vêem negligenciados juridicamente.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No entanto, as transformações sociais permitiram que o direito também mudasse, colecionando, ao longo dos anos, conquistas nacionais e internacionais no que diz respeito à população LGBTI. Como exemplo, podemos mencionar a importante equiparação das relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres (ADI nº 4.277), em 2011, e a decisão que reconheceu aos transgêneros o direito à retificação do prenome e do gênero (ADI 4.275), em 2018.

No ano de 2019, outra decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal confere dimensão social ao termo “racismo” e interpreta a Lei Antirracista (Lei 7.716/89) à luz da Constituição, passando, desde então, a abranger práticas homotransfóbicas em seu 20º artigo, por intermédio da **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**, objeto da presente nota técnica.

A decisão foi de relevância extrema, no campo da proteção de direitos das pessoas que integram a comunidade LGBTI, constantemente agredidas por meio de todo o tipo de violência (física e moral). Porém, o caminho a ser percorrido, a partir da decisão paradigmática, ainda apresenta obstáculos.

Para além do antigo problema da subnotificação de agressões motivadas pela LGBTFOBIA, muitas condutas possivelmente subsumidas ao tipo penal descrito no artigo 20 da lei 7.716/89, partir da ADO nº 26, ainda não são lidas - pelos agentes que ocupam os cargos de poder no sistema de justiça criminal (Delegados de Polícia, membros do MP, Magistrados) - como criminosas, impossibilitando o real levantamento de dados acerca da violência homotransfóbica no Brasil e, com isso, dificultando a proteção dos bens jurídicos das pessoas que integram esse grupo.

A presente nota técnica, portanto, visa a oferecer elementos que auxiliem a atuação de membros do MPPA, trazendo argumentos, com o fim de esclarecer o processo de decisão do STF, ao interpretar o conteúdo do disposto no art. 20, da Lei 7.716/89, sobretudo o sentido atribuído ao termo “racismo”, que, como será detalhado adiante, passa a envolver práticas homotransfóbicas.

2. ASPECTOS JURÍDICOS

2.1 ADO nº 26/DF

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Como referido anteriormente, a **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF**, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, aponta o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada à proteção penal dos integrantes do grupo LGBTI.

O demandante propõe que seja realizada uma interpretação conforme a Constituição (em face dos incisos XLI e XLII do art. 5º) dos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, a fim de englobar, também, todas as formas de manifestação da homotransfobia, até que sobrevenha legislação autônoma; e qualifica essas práticas como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”. Segue abaixo a ementa da ADO nº 26:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ 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 ACÇÃO 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

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

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 LGBTI+ 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 LGBTI+: 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 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.

O ponto mais importante para melhor compreensão da referida decisão diz respeito à subsunção de práticas LGBTFÓBICAS no gênero racismo. A base dessa discussão se encontra em um precedente do Supremo Tribunal Federal, estabelecido no paradigmático HC 82.424/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”.

No referido caso, Siegfried Ellwanger Castan, homem que praticava discursos de cunho antissemita, propunha um revisionismo histórico que negava o holocausto

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

judeu na Segunda Guerra Mundial. Em suas obras, o autor afirmava a inexistência de câmaras de gás nos campos de concentração, caracterizando o holocausto como farsa, uma vez que, segundo ele, os campos nunca teriam sido de extermínio, mas centros de trabalho forçado.

Nessa esteira, um dos principais objetivos da Corte nesse *habeas corpus* era determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”. A intervenção do Ministro Maurício Corrêa é digna de registro, pois, após uma explanação de teses científicas acerca da inapropriada distinção entre os seres humanos em raças, explora a **dimensão social do conceito de racismo**, qual seja a **sobreposição** de um seletivo grupo de pessoas em relação a outro:

“Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestadamente racista o ato daqueles que prega, a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. [...] Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um ‘Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais autossuficientes’ (2002)”. (**HC 82.424/RS**, Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Na oportunidade da ADO 26, o Ministro Celso de Mello (Relator) rememora o caso e entende que este precedente histórico impõe ao Supremo Tribunal Federal que reafirme, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão em questão, a orientação abaixo:

“ [...] a noção de racismo – para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero (grifo nosso)” (**ADO 26/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Portanto, conforme o entendimento da Corte, práticas homotransfóbicas se enquadram na dimensão social do gênero racismo por, notoriamente, valorar negativamente o grupo social formado pela comunidade LGBTI, frente a pessoas que seguem um padrão cisgênero e heteronormativo:

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

“Os dados estatísticos revelados pelos “amici curiae” demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira.” **(ADO 26/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO).**

Neste quesito, o caráter obsoleto atribuído à análise do conceito de raça apenas sob o viés biológico revela a necessidade da interpretação do termo “racismo” de acordo com o princípio da dignidade humana, instituinte do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual a abrangência de práticas homotransfóbicas nos crimes previstos pela Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 não configura analogia *in malam partem*.

Portanto, a fim de afastar qualquer possibilidade que possa considerar a decisão da Suprema Corte como violadora do princípio da legalidade em matéria penal, é importante destacar que não existe pretensão de equipar um indivíduo pertencente à comunidade LGBTI a um outro de determinada “raça”, por exemplo. Objetiva-se, em verdade, negar a existência de um conceito válido de “raça”, de forma que o racismo seja, em suma, uma manifestação de práticas segregacionistas, logo, que abarquem violências de cunho homotransfóbico.

Não houve violação do princípio da legalidade, não houve analogia *in malam partem*, tampouco a Suprema Corte “criminalizou” a homofobia. O STF não legislou! A Corte Constitucional - insista-se - apenas interpretou o termo “racismo”(elemento normativo do tipo), conforme a Constituição, conferindo o sentido social (já existente desde o precedente do “Caso Ellwanger”), que vem totalmente ao encontro da necessidade de tutela da população LGBTI, enquanto grupo historicamente tratado como inferior.

Uma vez demonstrado que as práticas discriminatórias motivadas pela homo/transfobia devem ser compreendidas no conceito mais amplo de **racismo**, de acordo com a acertada decisão da Suprema Corte que, utilizando o paradigma interpretativo do “Caso Ellwanger”, avançou em termos de proteção de direitos humanos de grupos vulberabilizados, passaremos a analisar os dispositivos

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

constitucionais citados na ementa da decisão e a Lei nº 7.716/89, conhecida como "Lei Antirracismo"

No que tange à alegada questão da mora do Poder Legislativo em cumprir mandamento constitucional, impende destacar o artigo 5º, da Constituição da República/88, que trata dos direitos individuais e coletivos, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, em especial, seus incisos XLI e XLII, particularmente relevantes para a ADO nº 26, onde está consignada a necessidade de tutela penal, em face de qualquer discriminação que viole direitos e liberdades fundamentais, para além de prever a inafiançabilidade do crime de racismo:

"Art. 5º

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

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

Como sustentado pelo demandante, os referidos incisos impõem o estabelecimento de leis, com a finalidade de vincular o Poder Público à efetivação de uma prestação positiva destinada à proteção das pessoas contra atos de preconceito e discriminação, inclusive dentro da esfera penal.

Sendo a violência motivada pela orientação sexual e/ou identidade de gênero um ato claramente discriminatório e violador de direitos fundamentais, a omissão do Parlamento Federal em editar normas destinadas à criminalização de condutas homotransfóbicas configura claro descumprimento do comando impositivo constitucional, como demonstra o Ministro Celso de Mello em seu voto:

"A hipótese versada nesta ação constitucional traduz – como precedentemente enfatizado no douto parecer do Ministério Público Federal – uma típica situação de desrespeito à Lei Fundamental, por omissão normativa unicamente imputável ao Congresso Nacional, eis que – decorridos mais de trinta (30) anos da promulgação da Carta Política –, esta, no que concerne à discriminação contra homossexuais e transgêneros, ainda não constituiu objeto da necessária regulação legislativa viabilizadora da proteção penal a ser dispensada aos integrantes da comunidade LGBT."

Por sua vez, a Lei 7.716/89 pune os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, conforme seu artigo 1º. Tendo em vista a dimensão social do racismo e o enquadramento reconhecido

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

pelo STF da homotransfobia como uma prática racista, devem os dispositivos da Lei Antirracista ser interpretados à luz da Constituição, para proteger penalmente indivíduos da comunidade LGBTI. A exemplo, vejamos o art. 20 da referida lei, que tipifica penalmente condutas discriminatórias:

“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. ”

Dito isso, temos a seguinte situação jurídica, a partir da decisão da ADO em análise: 1) de fato, o Legislativo está em mora, por mais de 30 anos, no que concerne à proteção penal dos bens jurídicos das pessoas LGBTI; 2) enquanto o Congresso Nacional não produzir legislação específica que sane a omissão apontada, as práticas discriminatórias e preconceituosas contra a comunidade LGBTI, motivadas por homo/transfobia, devem ser interpretadas como racismo e, portanto, subsumidas aos dispositivos da lei 7.716/89; 3) ao interpretar o conceito de racismo a partir de um paradigma sociológico/histórico (e não biológico), o STF não legislou, tampouco utilizou analogia *in malam partem*, mas apenas integrou um elemento normativo do tipo (racismo), a partir de parâmetros constitucionais .

Todavia, quando refinamos a reflexão, percebemos que há, ainda, importantes questões jurídicas a serem enfrentadas: 1) as diferenças entre discriminação e os crimes contra a honra; e 2) os limites da liberdade de expressão na democracia. Ambos serão abordados a seguir.

2.2 Discriminação X Crimes contra a honra

Ainda que a distinção entre discriminação e crimes contra a honra (especificamente a injúria) não seja objeto da ADO nº 26, na própria decisão existem elementos capazes de montar um quadro comparativo entre as duas situações.

Na oportunidade de sua fala, o Ministro Celso de Mello menciona a correlação entre as práticas homotransfóbicas e o racismo, evidenciando as duas características identificadoras da discriminação: a motivação preconceituosa e a finalidade hierarquizante.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

“A identidade fundamental que evidencia a correlação entre a homofobia (e a transfobia) e o racismo torna-se ainda mais acentuada se se considerar que tanto no plano internacional (Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial) quanto na ordem positiva interna (Estatuto da Igualdade Racial) os critérios que identificam a discriminação racial resultam da conjugação de dois fatores presentes em ambas as situações: a motivação orientada pelo preconceito e a finalidade de submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades tanto no domínio público quanto na esfera privada.”

Ao final de seu voto, conclui que, na prática, as referidas características identificadoras de atos discriminatórios, neste caso, orientados pela aversão quanto à orientação sexual ou identidade de gênero de outra pessoa (motivação), importam atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI (finalidade):

“Já se viu, a partir do importante precedente firmado no julgamento plenário do HC 82.424/RS, que o conceito de racismo – que envolve clara manifestação de poder – permite identificá-lo como instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social e de negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por não integrarem o grupo social dominante nem pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados “outsiders” e degradados, por isso mesmo, à condição de verdadeiros marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa e injusta inferiorização, a uma perversa e profundamente lesiva situação de exclusão do sistema de proteção do Direito.

Daí a constatação de que o preconceito e a discriminação resultantes da aversão aos homossexuais e aos demais integrantes do grupo LGBT (típicos componentes de um grupo vulnerável) constituem a própria manifestação – cruel, ofensiva e intolerante – do racismo, por representarem a expressão de sua outra face: o racismo social.” (ADO 26/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Dessa mesma maneira, a Lei nº 7.716/1989 tipifica uma série de situações como crime de racismo. Por exemplo, recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial (art. 5º), impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou às escadas de acesso (art. 11º), negar ou obstar emprego em empresa privada (art. 4º), dentre outros dispositivos.

Todas essas condutas possuem suas raízes motivadas pelo preconceito e procuram submeter a vítima a situações de diferenciação quanto ao acesso e gozo de bens, serviços e oportunidades. Portanto, o ato discriminatório é direcionado a um determinado grupo ou coletividade e, geralmente, refere-se a crimes mais amplos.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Nos crimes contra a honra, o elemento subjetivo (dolo) é direcionado à ofensa à honra objetiva (calúnia e difamação) e à honra subjetiva (injúria). Nos dois primeiros, há a imputação de um fato (no caso da calúnia, um fato criminoso) e na injúria, há uma desqualificação, uma depreciação, em relação a atributos físicos, morais, intelectuais ou de quaisquer natureza. Essa característica dogmática faz com que os crimes contra a honra se distingam, na origem, dos crimes previstos na lei 7.716/89 que, conforme acima referido, miram práticas discriminatórias mais abrangentes.

Dito de outra forma: se a intenção (dolo) do sujeito ativo for humilhar, desqualificar, menosprezar, menoscar alguém (pode ser mais de uma vítima), por conta de sua identidade de gênero ou orientação sexual, estaremos, em tese, diante de um crime contra a honra (injúria, mais provavelmente). Porém, se o dolo residir na vontade livre e consciente de discriminar (e não ofender ou desprestigiar individualmente alguém), por meio de quaisquer das condutas descritas nos tipos penais contemplados pela Lei 7.716/89, estaremos - aí sim - diante de um crime de racismo, por motivação homotransfóbica.

Sobre a questão do dolo específico nos crimes contra a honra, trecho do voto
do Ministro Celso de Mello:

“Na realidade, a inexistência do elemento subjetivo pertinente aos delitos contra a honra (“animus injuriandi vel diffamandi”) afasta a própria caracterização formal dos crimes de calúnia, difamação e injúria, que exigem, sempre, a presença do dolo específico, sem o qual não se aperfeiçoam as figuras típicas em questão.”

Em conclusão: 1) os crimes contra a honra exigem a clara intenção de ofender a dignidade e/ou decoro da vítima, por meio de imputação de fatos (calúnia e difamação), ou de desqualificações, com linguagem depreciativa (injúria); 2) o crime de racismo (tipos penais previstos na Lei 7.716/89) pressupõe dolo de praticar atos discriminatórios mais amplos.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

2.3 A democracia e a liberdade de expressão

A CRFB/88 é um documento paradigmático em nossa história recente. Ele encerra o período da ditadura civil-militar, que por aqui durou mais de 20 anos, inaugurando uma nova fase, em que se implementava, no próprio texto constitucional, um Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, o constituinte elaborou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, tanto de índole liberal, quanto de aspecto social. Dentre os primeiros, destaca-se a liberdade de expressão (art. 5º, IV, IX e XVI da CF/88), esteio de qualquer regime democrático.

Conforme os ensinamentos de Luigi Ferrajoli sobre democracia, para além da vontade da maioria, há que se considerar os interesses e necessidades individuais de todos em um Estado de Direito. Sendo assim, é possível falar em dois sentidos, duas dimensões, do conceito de democracia: 1) *democracia formal* ou *política*, voltada às normas que regulam sobre “quem” e “como” se deve decidir; 2) e a *democracia substancial* ou *social*, referentes ao que é lícito ou não decidir¹.

Em síntese, o que se quer dizer é: numa democracia, não há ditadura da maioria. A maioria pode muito, mas não pode tudo. Pode, por exemplo, escolher seus representantes, por meio do sufrágio. Mas não pode, por exemplo, extinguir direitos de quaisquer outras pessoas, somente porque não integram eventual maioria. Grupos ditos “minoritários”, portanto, precisam ter seus direitos tutelados. Em suma, democracia material é tutela a direitos fundamentais de toda e qualquer pessoa.

A atual Constituição, da forma e no momento em que surgiu, preza não tão somente por um futuro democrático, mas, de forma até mais intensa, por obstar a retomada de um regime autoritário. Os limites impostos à liberdade de expressão dos indivíduos são exemplos inequívocos de como a Carta lida frente a possíveis violações de direitos humanos em um Estado Democrático.

Não raro, a comunidade LGBTI sofre ataques homotransfóbicos, “justificados” pelo direito do outro de se expressar livremente, sem que sejam considerados os óbices dessa dita “questão de opinião”. Em verdade, o discurso de ódio dirigido à

¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 694-695.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

minoria em pauta nesta nota técnica, velado pela noção ilimitada (e equivocada) da liberdade de expressão, encontra rechaço no texto constitucional e na Convenção Americana de Direitos Humanos, como será analisado a seguir.

A começar, os artigos 5º, incisos IV, IX e XVI, e 220 da Carta Política de 1988 versam sobre a livre manifestação do pensamento, da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e de reunião, bem como vedam toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Vejamos:

Art. 5º, CF/88: 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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

Art. 220, *caput*, CF/88: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Porém, e isso é fundamental, a liberdade de expressão encontra limites no próprio texto constitucional, sobretudo nos seguintes dispositivos: art. 3º, IV e art. 5º, *caput*. Ou seja, eu possuo liberdade para me expressar, desde que a minha expressão não constitua atos discriminatórios ou que atentem contra direitos fundamentais, e nem contra os pilares da própria democracia. Em outras palavras: tolerar o intolerante é matar a própria democracia. Esse é um aparente paradoxo necessário à civilidade. Democracia impõe limites. Sem esses limites, a barbárie impera, sob a lei do mais forte.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é imprescindível mencionar o art. 13, sobretudo seu ponto 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que limita claramente a liberdade de expressão, nos seguintes termos:

Artigo 13, 2: O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, **mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:**

a. **o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas;** ou

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. (Grifos nossos)

Vê-se, com clareza, que - embora o Direito Interno e o Direito Internacional (Constituição da República e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica) tutelem a liberdade de expressão, há limites para isso, que dizem, exatamente, com o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, sobretudo a proibição de práticas discriminatórias.

No plano da jurisprudência, convém ressaltar manifestação do Supremo Tribunal Federal, na **Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental nº 130**, de 2009. Nesse *leading case*, além de reconhecer procedente a ação que declara a Lei de Imprensa de 1967 como incompatível com os princípios da nova Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte também trata de ponto importante para a presente nota técnica: os limites à liberdade de expressão.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello destaca que, embora a CRFB/88 garanta a livre manifestação de ideias, faz-se de extrema importância ressaltar seu caráter relativo, haja vista que “a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão”. Segue um trecho do voto:

“É importante observar, no entanto, Senhor Presidente, que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindo-lhe – observados determinados parâmetros referidos no § 1º do art. 220 da Lei Fundamental - a emanção de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas.

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso Schenck v. United States (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que “A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico”, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que “a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (‘clear and presente danger’) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau”.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão." (ADPF 130, Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, o discurso de ódio voltado à população LGBTI, que inegavelmente viola diversos direitos fundamentais dessa parcela negligenciada de indivíduos, não é correlato ao sentido constitucionalmente conferido à liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito. Como visto, à exaustão, quer por meio dos textos normativos, quer por meio da posição firme do STF, a liberdade de expressão encontra limites nos próprios direitos fundamentais. Assim não o fosse, correríamos o risco de sepultar a própria democracia, da qual a liberdade de expressão é legatária.

3. CONCLUSÃO

Faz-se necessário, portanto, ratificar a necessidade de aproximação com os movimentos sociais por parte do Ministério Público (Recomendação nº 61/2017 do CNMP), uma vez que, incumbido constitucionalmente do dever de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF/88), o órgão deve voltar sua atenção, com especial cautela, às demandas de grupos sociais vulnerabilizados, para além de coadunar sua atuação com as recentes decisões que conferem avanços jurídicos a esses indivíduos.

Nessa esteira, a observância da ADO nº 26/DF, bem como o estudo acerca dos motivos pelos quais se atribui dimensão social ao racismo que levaram o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a interpretação conforme a Constituição da Lei Antirracista (Lei nº 7.716/89), são imprescindíveis à concretização do molde conferido ao MP após o processo de redemocratização.

Não se pode perder de vista que a decisão do STF não "criminalizou" a homotransfobia, mas interpretou um elemento normativo de um tipo penal (racismo), a partir de parâmetros constitucionais, reconhecendo a (de)mora do Legislativo em proteger penalmente essa parcela historicamente vulnerabilizada da população brasileira.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Evidenciadas as diferenças entre os crimes contra a honra, dotados de dolo específico e propósito de ofender a honra de outra pessoa, das práticas racistas, traduzidas em atos discriminatórios que segregam e hierarquizam grupos, conclui-se que a abrangência da homotransfobia, como espécie de racismo, é acertada, à medida em que se corporifica nos atos que discriminam negativamente a população LGBTI quando comparada a indivíduos que se identificam com o padrão heterocisnormativo imposto socialmente.

Tais atos discriminatórios, orientados pela aversão quanto à orientação sexual e/ou identidade de gênero, e a consequente hierarquização entre grupos sociais dissidentes, não podem ser considerados objetos de discurso blindados pela liberdade de expressão, uma vez que esta é limitada pelos próprios direitos fundamentais, pilares do Estado democrático de Direito.

Por fim, objetivando a missão constitucionalmente atribuída ao Ministério Público de tutela intransigente dos direitos fundamentais, em especial da parcela social mais vulnerabilizada, como é o caso da população LGBTI, é de extrema importância a discussão, em âmbito institucional, acerca da ADO nº 26, que propõe interpretação conforme a Constituição dos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, a fim de englobar, também, todas as formas de manifestação da homotransfobia.

ANA CLÁUDIA BASTOS DE PINHO

Promotora de Justiça
Coordenadora do CAODH

BETHANIA M. DA C. CORREA

Promotora de Justiça auxiliar do
CAODH

ELIANE CRISTINA PINTO MOREIRA

Promotora de Justiça auxiliar do
CAODH



MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

