

**UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
CAMPUS DE ERECHIM
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

JÚLIA RAÍSSA MÄDER

**A DISCRIMINAÇÃO À POPULAÇÃO LGBTI+ E A SUA INFLUÊNCIA NA
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM EQUIPARAR A HOMOFOBIA
AO RACISMO**

**ERECHIM – RS
2020**

JÚLIA RAÍSSA MÄDER

**A DISCRIMINAÇÃO À POPULAÇÃO LGBTI+ E A SUA INFLUÊNCIA NA
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM EQUIPARAR A HOMOFOBIA
AO RACISMO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.
Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – Campus de Erechim.**

**Orientadora: Professora Me. Viviane
Bortolini Giacomazzi.**

ERECHIM – RS

2020

JÚLIA RAÍSSA MÄDER

**A DISCRIMINAÇÃO À POPULAÇÃO LGBTI+ E A SUA INFLUÊNCIA NA
DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM EQUIPARAR A HOMOFOBIA
AO RACISMO**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.
Departamento de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Regional
Integrada do Alto Uruguai e das
Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, 11 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Viviane Bortolini Giacomazzi.

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Me. Maura da Silva Leitzke

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Me. Sueli Pokojeski

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Nós representamos as poderosas forças de mudança que estão determinadas a impedir que as moribundas culturas do racismo e do patriarcado heterossexual se ergam novamente.

(Angela Davis)

RESUMO

A presente pesquisa trata da discriminação sofrida pela população LGBTI+ e da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia. Seu objetivo principal é constatar a influência que a discriminação do grupo teve nos argumentos apresentados no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Nesse sentido, foi feito um panorama da discriminação, do racismo e da homofobia, seguido da análise geral do caso, pontuando as teses vencidas e vencedoras, e, por fim, uma abordagem a respeito de ações afirmativas para as pessoas LGBTI+. Para tanto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico. Diante dos estudos realizados, obtiveram-se resultados no sentido de que as minorias sexuais são marginalizadas e representam um grupo vulnerável da sociedade. Por essa razão, devem receber tratamento diferenciado quando comparadas a grupos majoritários, visto que há uma dificuldade acentuada para que possam acessar seus direitos. Logo, concluiu-se que a discriminação dirigida à comunidade LGBTI+ atuou diretamente influenciando na decisão proferida pela Suprema Corte, e que o resultado do julgamento impacta positivamente na vida dessa população, posto que, a anterior ausência de normas punitivas para condutas homofóbicas permitia que direitos fundamentais do grupo fossem violados sem que houvesse repressão adequada por parte do Estado. Além disso, foi possível observar que a criminalização da homofobia não é a única forma de promover os direitos das minorias sexuais, havendo a necessidade de serem tomadas outras medidas pelo poder público, como, por exemplo, a adoção de ações afirmativas, que contribuem para a inclusão social dessas pessoas.

Palavras-chave: Discriminação. Homofobia. Racismo. População LGBTI+. STF e ADO nº 26/DF.

ABSTRACT

The present research concerns about the discrimination suffered by the LGBTI+ population and the “Supremo Tribunal Federal” decision which criminalized homophobia. The research’s main goal is to verify the influence which discrimination of this group had in the arguments presented in the judgement of “Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF”. For this end, a landscape of discrimination, racism and homophobia was made, followed by the general analysis of the case, punctuating the winning and losing thesis presented on the trial and, at last, an approach concerning affirmative actions for LGBTI+ people. For this reason, the bibliographic research technique was used, as well as the deductive approach and the monographic procedure method. Considering the performed studies, results in the sense that sexual minorities are marginalized and represent a vulnerable group of society were obtained. For this reason, they must receive distinct treatment when compared to majority groups, in the sense that there is an increased difficulty for them to access their rights. Therefore, it can be concluded that discrimination towards the LGBTI+ community directly influenced the decision proffered by the Supreme Court, and that the outcome of the trial positively impacts the life of the mentioned population, in the sense that the previous absence of punishing rules for homophobic conducts allowed the group’s fundamental rights to be violated without any adequate action being taken by the State. Besides that, it was possible to observe that the criminalization of homophobia is not the only way to promote sexual minorities’ rights, subsisting the need for other measures to be taken by the State, as, for example, the implement of affirmative actions which could contribute to the social inclusion of these groups.

Keywords: Discrimination. Homophobia. Racism. LGBTI+ population. STF and ADO nº 26/DF.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	08
2 DISCRIMINAÇÃO.....	11
2.1 Os diferentes aspectos da discriminação.....	11
2.1.1 O termo discriminação.....	11
2.1.2 As diversas formas de discriminação: direta, indireta, institucional e estrutural.....	12
2.2 O racismo no Brasil.....	15
2.2.1 O Direito Penal das raças.....	15
2.2.2 O conceito de racismo do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)	19
2.3 A discriminação contra a população LGBTI+.....	21
2.3.1 Conceitos e terminologias essenciais.....	22
2.3.2 Homossexualidade: pecado, crime e doença.....	23
2.3.3 A homofobia externalizada pelo discurso de ódio.....	25
2.3.4 A resistência em criminalizar condutas homofóbicas como parte integrante da homofobia.....	28
3 ADO Nº 26/DF.....	31
3.1 O caso e o julgamento.....	31
3.2 Análise da tese divergente: o Princípio da Reserva Legal e a criação de tipo penal.....	36
4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA.....	45
4.1 Análise do voto condutor do Ministro Celso de Mello sob o aspecto da discriminação.....	45
4.1.1 A inércia do Legislativo em materializar os direitos da população LGBTI+.....	45
4.1.2 A consolidação do conceito de racismo.....	47
4.1.3 A rejeição da tese que sustenta a criação de tipo penal.....	50
4.1.4 As funções contramajoritária e representativa do Supremo Tribunal Federal.....	52
4.1.5 A criminalização da homofobia como forma de efetivação da busca da felicidade e dos Princípios de Yogyakarta.....	55
4.2 Perspectivas para além da criminalização da homofobia: as ações	

afirmativas.....	58
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	68
GLOSSÁRIO.....	78
ANEXO A.....	82

1 INTRODUÇÃO

A população LGBTI+ – assim considerada como lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais, bem como todas as demais pessoas que se entendem como pertencentes a esse grupo, cujas orientações sexuais e identidades de gênero variam dos padrões heterocisnormativos – carrega consigo um histórico de discriminação que ainda é muito evidente até os dias de hoje. Em razão disso, o grupo das minorias sexuais é estigmatizado, excluído e invisibilizado da sociedade. Tais constatações podem ser comprovadas por meio dos elevados números relativos à violência homofóbica no Brasil, atestando que ainda há muito a ser feito para que se possa alcançar a desejada/integral inclusão dessa parcela da população na sociedade.

Ocupando o topo das listas dos países que mais matam pessoas LGBTI+ no mundo, a necessidade de tomar medidas a fim de coibir práticas homofóbicas no Brasil era urgente. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, decidiu por criminalizar a homofobia, de modo a equipará-la ao crime de racismo, previsto nos diversos tipos penais da Lei nº 7.716/89. Com essa decisão, a Suprema Corte posicionou-se de modo a suprir a inércia do Poder Legislativo em elaborar normas protetivas ao grupo, considerando que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional ainda não havia concretizado meios para as pessoas LGBTI+ terem acesso a direitos fundamentais.

Nessa linha, a presente pesquisa se propõe a investigar a discriminação sofrida pela população LGBTI+ no contexto da decisão do Supremo Tribunal Federal que criminalizou a homofobia, averiguando de que forma os votos dos Ministros foram influenciados pela discriminação. Para tanto, objetiva-se tratar de aspectos relacionados ao racismo e à homofobia, de modo que, partindo dessas premissas, seja possível analisar o julgamento da referida ação constitucional, pontuar os aspectos mais relevantes da tese vencedora sob o viés da discriminação e, por fim, discorrer brevemente sobre as ações afirmativas.

Inicialmente, a pesquisa aborda o termo discriminação, bem como suas diferentes formas, que se traduzem na discriminação direta, indireta, institucional e estrutural. Em seguida, são feitos comentários a respeito das origens do racismo no Brasil e da proibição de sua prática, de forma que, em um segundo momento, seja

possível conceituá-lo a partir da decisão proferida no caso Ellwanger. Ainda no primeiro capítulo, adentra-se na problemática que envolve a discriminação sofrida pela população LGBTI+, apresentando algumas terminologias fundamentais, visões acerca da homossexualidade, bem como pontos a respeito do discurso de ódio e da resistência em criminalizar a homofobia.

No segundo capítulo a abordagem será quanto à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, que criminalizou condutas homotransfóbicas, de modo a enquadrá-las nos tipos penais constantes na Lei nº 7.716/89. Para tanto, é feito um breve panorama a respeito do caso e seu julgamento, com uma síntese do processo e das posições tomadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, faz-se estudo acerca da tese divergente adotada pelos Ministros que restaram vencidos, no que se refere ao princípio da reserva legal e à criação de tipo penal.

Por derradeiro, procede-se à análise do voto condutor proferido pelo Ministro Relator Celso de Mello, no que tange à discriminação. Nessa linha, são feitas considerações a respeito da ausência de materialização dos direitos da população LGBTI+, da consolidação do conceito de racismo firmado pela decisão, da rejeição da tese divergente, das funções da Suprema Corte e da efetivação dos Princípios de Yogyakarta. Concluindo a pesquisa, a abordagem é a respeito de uma perspectiva a ser considerada em um momento posterior à criminalização da homofobia, qual seja, a das ações afirmativas para as pessoas LGBTI+.

Quanto à metodologia, salienta-se que a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, analisando conteúdos como livros, publicações em periódicos e artigos científicos, legislações, jurisprudências, dentre outros meios de pesquisa direta e indireta. O método de abordagem, por sua vez, é o dedutivo, cujo objetivo é discorrer acerca do tema, partindo da relação entre enunciados básicos, denominados premissas, apontando os mais adequados e tirando conclusões. Por fim, o método de procedimento é o monográfico, fazendo análise comparativa e dialética dos pensamentos de diversos estudiosos acerca do tema.

Observa-se que a decisão proferida pela Suprema Corte no caso ora em análise levantou algumas hipóteses. Por um lado, a criminalização da homofobia protege a população LGBTI+ das diversas formas de discriminação que sofre historicamente, suprindo a omissão do Poder Legislativo. Por outro, aponta-se para a direção de que o Supremo Tribunal Federal feriu o princípio da reserva legal, posto

que teria criado tipo penal por meio de provimento jurisdicional. Embora existam respostas plausíveis para ambas as hipóteses apontadas, apenas uma delas restou confirmada.

2 DISCRIMINAÇÃO

Este capítulo dedicar-se-á a estudar a discriminação. Em sua primeira parte, a abordagem será sobre os diferentes aspectos e conceitos da discriminação. A segunda e a terceira parte tratarão do racismo e da homofobia.

2.1 Os diferentes aspectos da discriminação

Este subcapítulo abordará o termo discriminação, apresentando seu conceito. Ainda, se propõe a analisar quatro espécies de discriminação: direta, indireta, institucional e estrutural.

2.1.1 O termo discriminação

O termo discriminação possui diferentes significados, a depender da ótica sob o qual é analisado. Para a presente pesquisa, as observações acerca da discriminação serão feitas sob o aspecto do tratamento desvantajoso sofrido por alguém, o que sempre implica em uma consequência negativa (MOREIRA, 2017).

Os atos discriminatórios são condutas que criam ou reforçam estigmas contra indivíduos que pertencem a grupos historicamente vistos como inferiores. Essas condutas produzem resultados depreciativos não somente em razão de seus agentes as praticarem de forma consciente, mas, também, porque estão ligadas a uma cultura que dissemina esses ideais de diversas formas (MOREIRA, 2017).

Assim, nota-se que a discriminação tem espaço em sociedades que permitem a construção e a permanência de rótulos negativos. Culturalmente, a vítima sofre com um ciclo de condutas que, em certo momento, faz com que ela internalize esses valores depreciativos e passe a ver a si própria dessa forma. Essas práticas, sob o prisma material, dificultam o acesso dos discriminados a oportunidades essenciais para seu bem-estar e crescimento pessoal (MOREIRA, 2017).

Tratando-se de discriminação, é inevitável abordar outro conceito com o qual o termo possui íntima conexão: o preconceito. De acordo com Rios, quando a discriminação e o preconceito são colocados em um contexto moral e jurídico, sempre têm conotação depreciativa:

Por preconceito, designam-se percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções. Já o termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos e dos grupos (RIOS, 2008, p. 15).

A diferença entre os termos reside no momento em que ocorrem. O preconceito pode ser definido como um juízo de valor incorreto e, muitas vezes, arbitrário, sobre determinado tema, independentemente de qual seja. Quando o agente forma ideias preconceituosas sobre algo ou alguém, passa a exteriorizar esse mau juízo por meio da discriminação. Portanto, a discriminação é conceituada como o tratamento diferenciado imposto a um indivíduo em razão de um preconceito preexistente. Nesse sentido, conclui-se que o preconceito, por ser mera convicção internalizada, não é passível de punição; penalizar o preconceito seria afrontar o direito constitucional previsto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, referente à liberdade de pensamento. A discriminação, por outro lado, deve ser punida, pois não pode servir de meio para prejudicar a liberdade alheia (VECHIATTI, 2014).

Partindo dessas premissas, cabe destacar o conceito de discriminação trazido por Rios, que muito bem delineará os contornos desta pesquisa, e foi formulado em um sentido jurídico-constitucional (RIOS, 2008):

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública (RIOS, 2008, p. 20).

Após essas considerações iniciais, passa-se à análise acerca das formas pelas quais a discriminação pode ser exteriorizada: direta, indireta, institucional e estruturalmente.

2.1.2 As diversas formas de discriminação: direta, indireta, institucional e estrutural

Com base no conceito de discriminação analisado anteriormente, salienta-se que esta pode ocorrer de formas variadas, cabendo destacar, nesta pesquisa, a discriminação direta, indireta, institucional e estrutural.

A discriminação direta manifesta-se sempre que houver uma diferenciação, preferência, exclusão ou restrição fundada na idade, sexo, cor de pele, origem, orientação sexual, características físicas, ou em qualquer outra forma de *discrímen*, desde que essa conduta seja intencional (RIOS, 2008). Observa-se um propósito de “[...] anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos econômico, social, cultural, ou em qualquer campo da vida pública” (RIOS, 2008, p. 89).

Nesse sentido, a discriminação direta está relacionada com a violação do dever de tratamento simétrico – segundo o qual pessoas em igual posição devem ser tratadas da mesma forma –, o que implica, na maioria das vezes, em desvantagens para indivíduos que pertencem a determinados grupos histórica e socialmente vítimas de exclusão (MOREIRA, 2017). Assim, é possível constatar que “a discriminação direta dirige-se frequentemente a certas classes como minorias raciais e sexuais, categorias que são construídas culturalmente como pessoas de menor valor” (MOREIRA, 2017, p. 98).

Ocorre que esse conceito apresenta algumas falhas, ao passo que define que a discriminação se dá a partir de um único vetor, bem como que necessita do requisito intencionalidade (MOREIRA, 2017). Com o passar do tempo, situações envolvendo discriminação direta passaram a ocorrer cada vez menos. Pode-se dizer que esse fenômeno é uma mudança de postura dos grupos majoritários. Isso porque a revogação de leis essencialmente arbitrárias não levou ao fim das desigualdades, mas, sim, fez com que os atos discriminatórios passassem a ficar velados por práticas neutras que, a princípio, não poderiam ser classificadas como discriminatórias (CORBO, 2017).

Logo, ocorre uma ocultação do propósito de discriminar, o que leva a uma continuidade dessas práticas, mesmo diante dos ideais crescentes de igualdade e respeito (RIOS, 2008). Partindo dessas premissas, entende-se que:

A discriminação indireta ocorre porque ela perpetua a situação de desvantagem social. Ela existe em função da tolerância de práticas discriminatórias dentro de uma sociedade. Se a discriminação direta cria padrões de discriminação que promovem a estratificação de certos grupos, a discriminação indireta os reproduz quando essa mesma sociedade permite o tratamento desvantajoso de grupos minoritários. Assim, normas facilmente neutras podem acentuar a exclusão social em função das assimetrias de poder que persistem dentro de uma sociedade (MOREIRA, 2017, p. 104-105).

Diante dos conceitos apresentados, observa-se que os atos discriminatórios ocorrem tanto entre indivíduos quanto entre grupos majoritários e minoritários, e, nesse último caso, podem se revelar por meio das relações assimétricas de poder, ou seja, entre grupos distintos socialmente. Nessa linha, os indivíduos pertencentes aos grupos dominantes impõem suas vontades para os demais, o que inclui, em muitos casos, a perpetuação de um tratamento desvantajoso. Dessa forma, para que mantenham sua posição de privilégios, podem reproduzir a discriminação institucional. O termo, por guardar relação com a operação de instituições públicas e privadas (MOREIRA, 2017), é assim definido:

Essa manifestação ocorre quando seus agentes tratam indivíduos ou grupos a partir dos estereótipos negativos que circulam no plano cultural. Esse tipo de tratamento tem um objetivo específico: a utilização de certas categorias como critérios de ação institucional com o objetivo específico de promover a subordinação e manter o controle social sobre membros de um determinado grupo. [...] O tipo de discriminação que ora analisamos encontra expressão no plano institucional porque membros dos grupos dominantes controlam os mecanismos de acesso às várias instituições sociais e elas passam a operar segundo normas e práticas que, embora formuladas em termos gerais, expressam os interesses desses segmentos sociais (MOREIRA, 2017, p. 132).

A teoria institucional diz respeito à perpetuação da discriminação não intencional, promovida por indivíduos, grupos e organizações. Essa perspectiva enfatiza o contexto organizacional e social como a verdadeira raiz do preconceito, voltando-se para uma suposta normalidade de atos discriminatórios, que existem mesmo em instituições que rejeitam frontalmente sua prática proposital (RIOS, 2008). Almeida complementa, pontuando que, para que os grupos detentores do poder – entendidos como aqueles que dominam a organização política e econômica da sociedade – se mantenham, necessitam institucionalizar seus interesses, de modo a impor aos demais seus padrões e regras, o que torna a dominação algo natural. Assim, para a existência desse tipo de poder, deve haver normas que dificultem a ascensão de grupos vulneráveis (ALMEIDA, 2018).

Partindo da análise das teorias discriminatórias já analisadas, que, apesar de suas particularidades, sempre resultam na restrição de acesso ao crescimento pessoal e bem-estar social de certos indivíduos, chega-se ao conceito da discriminação estrutural, que ocorre devido à acumulação de diversas desvantagens sofridas por grupos estigmatizados, os colocando em um nível de subordinação permanente. Contudo, para além de um conceito que engloba apenas a soma de

diversas condutas discriminatórias (MOREIRA, 2017), a dimensão estrutural também se dá “[...] por causa dos procedimentos institucionais que possibilitam a manutenção de relações assimétricas de poder entre os grupos e as ideologias sociais criadas para torná-las invisíveis” (MOREIRA, 2017, p. 137). Os mecanismos discriminatórios, portanto, vão além de meras expressões comportamentais, caracterizando-se como verdadeiros sistemas de controle social (MOREIRA, 2017).

O conceito aqui estudado pode ser comparado ao racismo estrutural presente na obra de Almeida, que afirma que o racismo decorre da estrutura social, ou seja, do modo como coexistem as relações familiares, econômicas, políticas, jurídicas, dentre outras. Nesse sentido, os comportamentos dos indivíduos e das instituições derivam de uma sociedade na qual o racismo é a regra, compondo suas próprias bases (ALMEIDA, 2018). Conclui-se, portanto, que a discriminação pode revelar-se de forma estrutural no momento em que faz parte da normal atuação das instituições, marginalizando ainda mais grupos que já são historicamente vulneráveis. As práticas discriminatórias que estruturam uma sociedade são legitimadas por meio de ideologias que afirmam que certos grupos são inferiores, atuando sob o manto de normas legais e neutras, o que leva à manutenção da invisibilidade dessas condutas (MOREIRA, 2017).

As próximas páginas desta pesquisa tratarão do racismo no Brasil e da discriminação dirigida à população LGBTI+.

2.2 O racismo no Brasil

Este subcapítulo abordará alguns conceitos importantes para que se possa chegar ao debate que envolve a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Para tanto, será feita uma análise de como as teorias raciais e criminais contribuíram para o surgimento do racismo no Brasil – com a sua posterior criminalização –, que, a princípio, era dirigido à população negra. Em seguida, será possível compreender qual é o conceito de racismo aceito pela Suprema Corte atualmente.

2.2.1 O Direito Penal das raças

As teorias sobre a criminalidade, surgidas por volta do século XVIII, e as teorias sobre as raças, que começaram a se desenvolver no século XIX, estão

conectadas, e contribuíram para a construção de noções do Direito Penal (DUARTE, 2017). Enquanto a criminologia busca respostas ao fenômeno delitivo a partir das condições econômicas, sociais, políticas e culturais e, principalmente, por meio da pessoa do criminoso (MOLINA, 2006), as teorias raciais dizem respeito à classificação de pessoas de acordo com suas características físicas, especialmente no que diz respeito à cor da pele (DUARTE, 2017).

As teorias raciais, sobretudo aquelas vinculadas ao pensamento poligenista – relacionado a interpretações biológicas do comportamento humano, ligando características físicas com atributos morais (SCHWARCZ, 1993) –, chegaram ao Brasil após a abolição da escravidão. A falácia da “libertação” foi confirmada com novos modelos que legitimaram a diferenciação social e a inferioridade, tornando natural a segregação de um contingente imenso da população brasileira. Assim, a “raça” foi introduzida e sustentada pela biologia, que classificava grupos conforme seu fenótipo, impedindo que o indivíduo fosse visto como livre no exercício de seu arbítrio e de sua cidadania. Logo, enquanto o negro e o mestiço eram considerados inferiores e incivilizáveis, o branco era a própria personificação da perfeição, atrelado aos ideais das raças civilizadas e puras da Europa. O branco não era apenas uma cor, mas uma qualidade social (SCHWARCZ, 2012).

Tanto as teorias raciais quanto as criminológicas possuem aspectos em comum: ligam o conceito de raça com o de criminoso, aproximando-os pela inferioridade; utilizam fatores que envolvem a degeneração humana de modo a relacioná-los com aspectos biológicos; justificam a não evolução de certas raças com a sua subalternidade; e propõem intervenções estatais para a decadência das raças inferiores, sob o argumento da existência de características biológicas desfavoráveis (DUARTE, 2017). Nesse contexto, a criminologia clássica dá início aos estudos que relacionam as características físicas ao potencial de delinquir, criando a figura do criminoso nato (MOLINA, 2006), e, na mesma linha de estigmatização de indivíduos, “o saber sobre as raças acabou por se tornar um ideal político, um diagnóstico sobre a submissão ou mesmo a possível eliminação das raças inferiores [...]” (BARBOSA, 2016, p. 263).

Duarte destaca que, no Brasil, o fenômeno da criminalização do negro teve forte conexão com o processo de colonização e escravidão (DUARTE, 2017):

[...] a Criminologia racista, ao aproximar o criminoso e o “selvagem” [...], foi uma ideologia que confundiu a agressividade e a alienação do homem sujeito ao processo de colonização com sua intrínseca maldade, classificando como um modo de ser criminal todas as formas de sobrevivência à realidade colonial, às adaptações aos modelos impostos e à violência classificatória sofrida, mas, sobretudo, toda a diversidade humana biológica distinta dos padrões europeus e todas as formas de expressão cultural capazes de possibilitar respostas, ainda que simbólicas, à perda da identidade diante do processo de colonização (DUARTE, 2017, p. 50).

Nessa linha, o autor aponta que o discurso da criminologia racista fazia parte de um pensamento dominante e comum às elites brasileiras. Os teóricos da época complementavam as ideias de embranquecimento já existentes e defendidas pelas supostas raças superiores, de modo a reafirmar a existência das relações de poder intrínsecas à sociedade brasileira, especialmente pelo fato de atribuir aos negros o perigo e a criminalidade (DUARTE, 2017).

Por consequência dessas ideologias, o surgimento de teorias sobre o racismo foi inevitável, representando uma revolução para os estudos científicos das raças. Essas novas teorias passaram a analisar a forma como certos grupos construíram relações de poder com discursos baseados na diferença (DUARTE, 2017). “É a partir, portanto, das teorias sobre o racismo que se pode compreender a história das teorias raciais como um artefato histórico das relações de poder [...]” (DUARTE, 2017, p. 32).

Assim sendo, é de se concluir que as teorias sobre as raças e sobre o racismo sempre foram ligadas às ideias de distinção baseada em atributos físicos, sendo o mais relevante, a cor da pele (ALMEIDA, 2018). Assim, em termos históricos, a raça pode ser definida a partir de dois pontos que se complementam:

1. como característica biológica, em que a identidade racial será atribuída por algum traço físico, como a cor da pele;
2. como característica étnico-cultural, em que a identidade será associada à origem geográfica, à religião, à língua ou outros costumes, “a uma certa forma de existir” [...] (ALMEIDA, 2018, p. 24).

Contudo, as pesquisas sobre o tema realizadas século XX esforçaram-se para demonstrar que o conceito de raça não pode ser justificado por alguma realidade natural, pois apenas faz sentido politicamente (ALMEIDA, 2018). Apesar disso, e embora o conceito histórico de raça tenha sido desconstruído, suas implicações sociais não o foram. A raça – bem como outras categorias, como a classe e o gênero – ainda é uma forte representação que marca diferenças e

constrói hierarquias discriminatórias (SCHWARCZ, 2012). O atual conceito de raça será estudado nas próximas páginas desta pesquisa. Por ora, cumpre transcrever a importância desse termo, mesmo que com uma nova roupagem:

Ainda que hoje seja quase um lugar comum a afirmação de que a antropologia surgida no início do século XX e a biologia – especialmente a partir do sequenciamento do genoma – tenham há muito demonstrado que não existem diferenças biológicas ou culturais que justifiquem um tratamento discriminatório entre seres humanos, o fato é que a noção de raça ainda é um fator político importante, utilizado para naturalizar desigualdades, justificar a segregação e o genocídio de grupos sociologicamente considerados minoritários (ALMEIDA, 2018, p. 24).

Assim, no contexto das novas visões raciais surgidas no século XX, o Direito Penal brasileiro sofreu grandes transformações. No ano de 1951, a Lei nº 1.390/1951, também conhecida como Lei Afonso Arinos, incluiu “entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor” (BRASIL, 1951). A Constituição Federal de 1988, por sua vez, definiu o racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão” (BRASIL, 1988). Um ano depois, em 1989, a Lei nº 7.716/1989 criminalizou diversas condutas relacionadas a essa espécie de preconceito (BRASIL, 1989). Mais recentemente, em 2010, a Lei nº 12.288/2010 instituiu o Estatuto da Igualdade Racial (BRASIL, 2010).

Almeida ressalta que a mudança nas relações de poder advinda do fim de sistemas que perpetuavam a imposição da vontade pela força, como foi a escravidão, teve impactos que transformaram a economia e a sociedade. Em meio a esses acontecimentos que marcaram a história, movimentos anticolonialistas e antirracistas passaram a influenciar consideravelmente a opinião pública, e, como consequência, o universo jurídico, o que levou a novas visões no que concerne à questão racial (ALMEIDA, 2018). Assim, “[...] a experiência política e intelectual dos movimentos sociais serviu para inspirar práticas políticas e pedagógicas inovadoras que contestaram firmemente os fundamentos do racismo” (ALMEIDA, 2018, p. 114).

Nesse diapasão, a Lei nº 7.716/1989 prevê como crime uma série de condutas que podem ser classificadas no âmbito da discriminação direta, ou seja, aquela que ocorre de forma intencional (RIOS, 2008). Assim, não se pode “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989). Na mesma toada, é crime “recusar ou

impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador” (BRASIL, 1989).

Porém, é possível observar que, embora o atual ordenamento jurídico brasileiro enalteça a “[...] construção de uma sociedade baseada nos princípios da justiça social e da solidariedade [...]” (MOREIRA, 2017, p. 197), a problemática do racismo persiste, e as discriminações aparentemente neutras, como a indireta, a estrutural e a institucional, continuam a se reproduzir. É o paradoxo entre o Direito e o racismo (ALMEIDA, 2018):

1. o direito é a forma mais eficiente de combater o racismo, seja punindo criminal e civilmente os racistas, seja estruturando políticas públicas de promoção da igualdade;
2. o direito, ainda que possa introduzir mudanças superficiais na condição de grupos minoritários, faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e como ideologia (ALMEIDA, 2018, p. 108).

Logo, apesar de inegáveis as transformações sociais ocorridas ao longo do último século, “ainda assim, é sabido que o destino das políticas de combate ao racismo está, como sempre esteve, atrelado aos rumos políticos e econômicos da sociedade” (ALMEIDA, 2018, p. 117). Na mesma linha, Schwarcz salienta que o Brasil não foi construído a partir de critérios culturais ou econômicos, mas sim, por parâmetros raciais (SCHWARCZ, 1993).

Concluídas as observações acerca do Direito Penal das raças, pertinente estudar o conceito de racismo vigente na jurisprudência brasileira.

2.2.2 O conceito de racismo do caso Ellwanger (HC 82.424/RS)

O paradigmático caso Ellwanger representa um importante marco na história jurídica do Brasil no que se trata do tema discriminação. No ano de 1991 o escritor Siegfried Ellwanger Castan foi denunciado por ter cometido crime de racismo contra o povo judeu. Suas obras foram consideradas antissemitas, incitando o ódio contra esse grupo, na medida em que negavam o holocausto. Apesar de absolvido em primeira instância, foi condenado em grau recursal, apresentando, posteriormente, o *habeas corpus* nº 82.424/RS perante o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2004).

Adentrando na problemática, observa-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLII, prevê, como cláusula pétrea, no âmbito dos direitos e garantias

fundamentais, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). Assim, Ellwanger foi acusado com base no art. 20 da Lei nº 7.716/1989 (BRASIL, 2004), cuja redação, à época, previa como crime a conduta de “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional” (BRASIL, 1989).

O cerne da questão, portanto, diz respeito ao próprio conceito de racismo, de modo a analisar qual foi a conduta praticada por Ellwanger. A defesa apresentou a tese de que não houve o crime em análise, pois os judeus não seriam uma raça, motivo pelo qual não se poderia falar em imprescritibilidade (BRASIL, 2004).

Lafer, na condição de *amicus curiae* no julgamento, iniciou seu parecer tratando da dignidade da pessoa humana. Apontou que o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, não deve ser interpretado de forma restritiva, mas sim de modo a favorecer amplamente o direito nele presente, em razão da relevância dos direitos e garantias individuais, dentre os quais se encontra a inadmissibilidade do racismo. Isso ainda se deve ao fato de a Constituição de 1988 ter recepcionado, explicitamente, os direitos humanos reconhecidos a nível internacional, que conferem, inequivocamente, a proteção da pessoa humana (LAFER, 2004).

Necessário, ainda, compreender que nenhum grupo de pessoas é capaz de formar uma raça, pois todos pertencem à mesma espécie, que é a espécie humana. Assim, por não haver fundamento em divisões raciais, critérios de diferenciação, tais como a cor da pele, não passam de mero juízo de aparência. Nessa linha, observa-se que o termo raça foi construído histórica e socialmente com a finalidade de justificar diversas formas de desigualdade (LAFER, 2004).

Portanto, a conduta prevista no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, é destinada a todas as consequências sociais produzidas pelo racismo, justamente pelo fato de o discurso racista não encontrar fundamento em critérios biológicos, mas, sim, no preconceito, que categoriza a sociedade para poder discriminar certos grupos. Logo, o racismo gera condutas que, embora possam ser classificadas em diversos níveis de agressividade, sempre são marcadas pela discriminação, que não reconhece direitos e garantias de forma igualitária. Assim, princípios basilares do ordenamento jurídico são diretamente afetados (LAFER, 2004).

Foi nesse sentido o voto da maioria dos membros da Suprema Corte, que decidiu denegar o *habeas corpus* impetrado. O Ministro Celso de Mello, por

exemplo, referiu que a definição de racismo não pode ser resumida pelo viés biológico ou antropológico, pois se conceitua de forma sociológica e cultural, caracterizando-se como uma forma de dominação e controle ideológico, político e social (BRASIL, 2004).

O Ministro Carlos Velloso, de igual forma, apontou que o conceito de raça não encontra mais fundamento biologicamente, motivo pelo qual nenhum grupo constitui uma raça, pois todos fazem parte da espécie humana. Contudo, sociológica e culturalmente, certos grupos podem ser diferenciados e sofrer com a prática do racismo, por meio de condutas discriminatórias. Nesse sentido, o racismo encontra significado na rotulação de seres humanos, fazendo uso de características raciais, com o objetivo de promover desigualdades. Por consequência, é essa definição de racismo relacionada ao preconceito e à hostilidade que consta no texto constitucional, pois caracteriza afronta aos direitos humanos (BRASIL, 2004).

Por fim, destacam-se ainda as colocações da Ministra Ellen Gracie, ressaltando que um dos pilares do racismo é a afirmação da existência de raças. Portanto, quando o ordenamento jurídico trata do preconceito de raça, não se deve levar em conta critérios científicos, já que não existem, mas, sim, deve-se conceituar o racismo como o desprezo e a inferioridade em relação ao outro, afetando seu direito de igualdade (BRASIL, 2004)¹.

De acordo com as definições acima elencadas, podem-se extrair relevantes observações acerca da equiparação da homofobia ao racismo, questão que será abordada detalhadamente no terceiro capítulo desta pesquisa. Por ora, detém-se em analisar os aspectos inerentes à discriminação contra a população LGBTI+, tema do próximo subcapítulo.

2.3 A discriminação contra a população LGBTI+

O presente subcapítulo tratará de aspectos importantes relacionados à discriminação contra a população LGBTI+. Inicialmente, serão abordados alguns conceitos fundamentais para o estudo central da pesquisa; em seguida, um breve apanhado da homossexualidade como pecado, crime e doença; posteriormente, comentários sobre a homofobia e sua relação com o discurso de ódio; por fim, tratar-

¹ A ementa integral do *habeas corpus* nº 82.424/RS pode ser lida no Anexo A.

se-á da resistência em criminalizar condutas homofóbicas como parte integrante da própria homofobia.

2.3.1 Conceitos e terminologias essenciais

Para que seja possível dar continuidade aos estudos e abordar temas relacionados à população LGBTI+ faz-se necessário pontuar alguns conceitos e terminologias importantes. Este item do trabalho não objetiva significar todos os termos indispensáveis – que estão elencados no glossário –, mas, sim, aqueles que se apresentam como objeto central desta pesquisa.

No Brasil, o chamado movimento homossexual teve início no final dos anos 1970, e, durante a década de 1980, começou a trazer a público demandas relacionadas aos direitos civis e ao fim da discriminação. A partir dos anos de 1990, ganhou força e passou a levantar novas bandeiras (FACCHINI, 2009). Assim, o movimento homossexual se transformou em LGBTI, acrônimo mais representativo, que se refere às pessoas lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexuais, e é adotado em documentos oficiais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, como o relatório da “Violência contra pessoas LGBTI” e o relatório de “*Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015; 2018).

Para esta pesquisa, contudo, considera-se mais adequado utilizar LGBTI+, pois inclui, ainda “[...] as pessoas com orientações sexuais, identidades e expressões de gênero diversas ou não normativas, ou cujos corpos variam do padrão corporal feminino e masculino [...]” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 11).

Os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, por sua vez, são muito bem expressos pelos Princípios de Yogyakarta (PRINCÍPIOS, 2007) – que serão estudados em momento posterior:

- 1) Compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas.
- 2) Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou

função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos (PRINCÍPIOS, 2007, p. 6).

Nessa toada, cabe agora referenciar a homofobia, outro conceito central para a presente pesquisa. Conforme Borrillo, pode ser definida como uma hostilidade de nível social e psicológico que impacta pessoas que, em tese, sentem-se atraídas afetiva e sexualmente por indivíduos do mesmo sexo. Ainda, a homofobia repele as pessoas que não enxergam a si próprias como enquadradas nos moldes do que a sociedade predetermina para seu sexo biológico. O autor destaca que a homofobia, por ser uma ideologia que se apresenta como forma de sexismo, promove constantemente a sexualidade “hetero” em detrimento da “homo”, organizando verdadeira hierarquia das sexualidades e, com isso, extraindo consequências políticas (BORRILLO, 2010).

Para Vecchiatti, “a homofobia se refere ao preconceito e/ou discriminação contra homossexuais e bissexuais, ao passo que transfobia é o preconceito e/ou discriminação contra travestis, transexuais, e transgêneros em geral” (VECCHIATTI, 2014, p. 735). Logo, para tratar desse fenômeno de forma mais individualizada, poder-se-ia utilizar ainda expressões como lesbofobia ou bifobia. Contudo, neste trabalho, adota-se entendimento de Borrillo, que faz uso do termo **homofobia** com o propósito de expressar uma linguagem mais sucinta (BORRILLO, 2010). Dessa forma, objetiva-se que o leitor interprete o termo extensivamente, de modo a incluir todas as demais pessoas que se vejam como pertencentes à comunidade LGBTI+.

Finda essa abordagem terminológica, passa-se, agora, a algumas noções relacionadas à visão antiquada da homossexualidade como pecado, crime e doença.

2.3.2 Homossexualidade: pecado, crime e doença

Na Grécia Antiga, o amor entre homens era reconhecido oficialmente. Nos campos de batalha, inclusive, os apaixonados posicionavam-se lado a lado, com o objetivo de servirem de inspiração um ao outro e demonstrarem comportamento heroico. Na Roma Clássica, também havia aceitação quanto à homossexualidade, mas eram impostas condições para que ocorressem as práticas (BORRILLO, 2010): “[...] não afastar o cidadão de seus deveres para com a sociedade; não utilizar pessoas de estrato inferior como objeto de prazer e, por último, evitar absolutamente

assumir o papel passivo nas relações com os subordinados” (BORRILLO, 2010, p. 46).

Borrillo aponta que, apesar de as sociedades gregas e romanas terem sido misóginas e sexistas, jamais acolheram as noções específicas de heterossexualidade que surgiram na tradição judaico-cristã. Assim, salienta que a hostilidade contra a população LGBTI+ teve início no judaico-cristianismo, que transformou a exclusão das minorias sexuais como noção precursora da homofobia. Enquanto o pensamento pagão considerava a homossexualidade algo natural e constitutivo do próprio indivíduo, o cristianismo excluía os homossexuais da Salvação e considerava-os pecadores situados às margens da sociedade. Dessa forma, esses indivíduos deveriam ser encarcerados, torturados ou exterminados, deixando, assim, de fazer parte da própria natureza humana (BORRILLO, 2010):

O sistema de dominação masculina do tipo patriarcal consolida-se com a tradição judaico-cristã; no entanto, esta introduziu uma nova dicotomia, “heterossexual/homossexual”, que, desde então, serve de estrutura, do ponto de vista psicológico e social, à relação com o sexo e com a sexualidade. A oposição pagã “atividade/passividade”, assimilando a virilidade, de preferência, ao papel ativo, e não ao sexo do parceiro, aparecia daí em diante como contrária à nova moral sexual. O cristianismo, herdeiro da tradição judaica, transformará a heterossexualidade no único comportamento suscetível de ser qualificado como natural e, por conseguinte, como normal. Ao outorgar esse caráter natural, em conformidade com a lei divina, às relações sexuais entre pessoas de sexo diferente, o cristianismo inaugurou, no Ocidente, uma época de homofobia, totalmente nova, que ainda não havia sido praticada por outra civilização (BORRILLO, 2010, p. 47-48).

No Brasil, a discriminação contra as pessoas LGBTI+ teve início, assim como no caso da população negra, com a chegada dos portugueses. As Ordenações Manuelinas, consideradas as mais antigas leis penais que tiveram aplicação no Brasil, já apontavam, em 1521, a sodomia como crime (TREVISAN, 2000): “além da pena de fogo, foi acrescentado como punição o confisco dos bens e a infâmia sobre os filhos e descendentes do condenado” (TREVISAN, 2000, p. 164). As Ordenações Filipinas, aplicadas por mais de dois séculos, também condenavam os sodomitas a arderem na fogueira até a morte. Foi com o Código Criminal de 1830 que a sodomia deixou de ser punida como crime (TREVISAN, 2000).

Porém, após passar pelo pecado e pelo crime, a homossexualidade ainda estava longe de se adequar aos padrões de normalidade. Nas palavras de Foucault:

O homossexual do século XIX torna-se uma personagem: um passado, uma história, uma infância, um caráter, uma forma de vida; também é morfologia, com uma anatomia indiscreta e, talvez, uma fisiologia misteriosa. Nada daquilo que ele é, no fim das contas, escapa à sua sexualidade. Ela está presente nele todo: subjacente a todas as suas condutas, já que ela é o princípio insidioso e infinitamente ativo das mesmas; inscrita em seu pudor na sua face e no seu corpo já que é um segredo que se trai sempre (FOUCAULT, 1988, p. 43).

Os primeiros estudos sobre a sexologia homossexual passaram a considerá-la uma doença, apresentando a homossexualidade como uma inversão ou desvio do que era visto como normal. Ainda, considerava-se que, pelo fato de a motivação inconsciente da sexualidade ser a reprodução, o indivíduo atraído pelo mesmo sexo seria patológico, em razão de não apresentar orientações destinadas à procriação (OLIVEIRA, 2010).

A patologização da homossexualidade originou o termo homossexualismo, justamente pelo caráter de doença, passando a constar na Classificação Internacional de Doenças (CID), na categoria de personalidade patológica, no ano de 1948 (LAURENTI, 1984). Foi apenas em 1990 que a Organização Mundial da Saúde retirou a homossexualidade desse rol (MAIA, 2020). A transexualidade, por sua vez, foi retirada da lista de doenças mentais há pouquíssimo tempo, em junho de 2018 (BENITO, 2018).

Para Carvalho, a “[...] violência das instituições (homofobia do Estado), com a criminalização e a patologização das identidades não heterossexuais” (CARVALHO, 2017, p. 206) é um dos componentes das “culturas heteromoralizadoras e heteronormalizadoras” (CARVALHO, 2017, p. 205). Nesse sentido, é de se concluir que as pessoas pertencentes ao grupo LGBTI+ sempre precisaram lidar com estereótipos que as consideravam sujeitos sem as características humanas dos demais, corrompidos e com instintos incontrolláveis. Assim, esse modo de inferiorizar o grupo atua produzindo desigualdades e é utilizado como forma de justificar a discriminação, que tem como objetivo a estigmatização, a desqualificação e a segregação, em benefício dos ideais normalizadores existentes na cultura heterossexual dominante (VECCHIATTI, 2019).

O próximo item diz respeito a uma das formas pelas quais a homofobia se manifesta: por meio do *hate speech*.

2.3.3 A homofobia externalizada pelo discurso de ódio

O *hate speech*, na literatura estrangeira, ou discurso de ódio, em português, pode ser entendido como a manifestação de conteúdo ofensivo à imagem ou honra de certos grupos sociais – sobretudo os minoritários –, ou, ainda, a discriminação em relação aos seus integrantes. Cavalcante Filho conceitua o discurso de ódio como o uso da liberdade de expressão irrestritamente e com o objetivo de ofender grupos ou indivíduos, de modo a disseminar o ódio, motivado, por exemplo, pela cor da pele e pela orientação sexual. Logo, pode-se dizer que o racismo e a homofobia são propagados pelo discurso de ódio (CAVALCANTE FILHO, 2018).

Dessa forma, as práticas discriminatórias se espalham, fazendo com que o discurso de ódio se manifeste por meio de provocações e ameaças, podendo chegar a graus mais avançados, que findam em violência física ou homicídio. Como consequência de ser vítima de discriminação, a pessoa LGBTI+ ainda corre o risco de desenvolver depressão, ser humilhada por sua família e, em muitos casos, precisar superar o sentimento de culpa (ALMEIDA; VALADARES, 2018).

Portanto, considerando que as causas que levam a práticas homofóbicas são as mesmas que endossam o discurso de ódio contra as pessoas LGBTI+, torna-se acentuada a dificuldade dos indivíduos em desenvolver-se pessoal e socialmente de forma autônoma e livre. Assim, esse grupo tem sua vida padronizada por terceiros, que impõem as normas orientadoras do patriarcado, com o objetivo de estruturar um modelo padrão e tradicional para se viver (AMORIM; BAHIA; RIBEIRO, 2018).

Seguindo na linha das normas patriarcais, Borrillo muito bem observa que, em uma sociedade androcêntrica, os valores exaltados sempre são os masculinos, motivo pelo qual tudo que se opõe a esse ideal merece ser condenado. Assim, fazendo o uso da linguagem binária, a identidade sexual se estrutura por antagonismo, de modo que a socialização masculina torna-se integralmente ligada à oposição ao feminino (BORRILLO, 2010):

Sexismo e homofobia aparecem, portanto, como as duas faces do mesmo fenômeno social. A homofobia – e, em particular, a masculina – desempenha a função de “policiamento da sexualidade” ao reprimir qualquer comportamento, gesto ou desejo que transborde as fronteiras “impermeáveis” dos sexos (BORRILLO, 2010, p. 90).

Nesse sentido, a necessidade constante de distinguir os sexos e colocá-los em posições contrárias serve de base para condutas homofóbicas manifestadas por meio do discurso de ódio. Partindo da ideia de que o corpo físico diferencia homens

e mulheres, cada um teria seu papel predeterminado na sociedade, motivo pelo qual deveriam se encaixar em suas posições de forma natural (BORRILLO, 2010):

A distinção entre os sexos constitui um mecanismo político de ação e reprodução social que permite a legitimação tácita das desigualdades. Apresentada como antropológicamente inevitável, essa diferença serve de estrutura para nossa concepção normativa sobre as propriedades dos seres “necessariamente” sexuados. De algum modo, somos reféns de um sistema cultural que nos impele à adesão cega a uma lógica binária em matéria de gênero e de sexualidade: cada um de nós é homem ou mulher, homossexual ou heterossexual; além disso, quando se é homem, deve-se ser masculino e sentir atração por mulheres femininas, e vice-versa (BORRILLO, 2010, p. 92).

Assim, os indivíduos pertencentes a grupos sexualmente minoritários são invisibilizados e excluídos, na medida em que o preconceito repele tudo que não se encaixa nos padrões de normalidade. Esse problema é maximizado quando observado pelo prisma político, pois os interesses e demandas da população LGBTI+ são ignorados em razão da ausência de representatividade. Mais grave ainda é o fato de, muitas vezes, a política ser usada para manifestar os preconceitos existentes e amplificar a voz do discurso de ódio (ALMEIDA; VALADARES, 2018).

Salienta-se que esse uso equivocado da política brasileira tem mostrado uma de suas faces nos últimos anos, por meio de grupos conservadores e religiosos que se mostram contrários à “ideologia de gênero” (JUNQUEIRA, 2018). Esses grupos, de acordo com as colocações feitas por Junqueira, são engajados e têm interesse “em promover uma agenda política [...] orientada a conter ou anular avanços [...] em relação a gênero, sexo e sexualidade, além de reafirmar disposições tradicionalistas, pontos doutrinários dogmáticos e princípios religiosos ‘não negociáveis’” (JUNQUEIRA, 2018, p. 451):

Em vez de debater abertamente o tema com os/as especialistas do campo dos estudos de gênero, esses cruzados dedicam-se ao registro apologético de suas posições (sobretudo católicas oficiais e tradicionalistas) e, ao mesmo tempo, polêmico, hiperbólico e alarmista, a denunciar uma conspiração mundial do *gender* contra a família e o ser humano. Ao sabor dessa denúncia, análises, teorias ou posicionamentos que contrariem suas afirmações controversas tendem a ser objetivados por eles como uma “teoria” a serviço de um poderoso *lobby* interessado em produzir a “colonização da natureza humana”. O propósito é também o de promover a rejeição completa e imediata dos conteúdos e a abjeção dos formuladores da “teoria do gênero” (JUNQUEIRA, 2018, p. 458-459).

Dessa forma, esses grupos políticos discriminam a população LGBTI+ e disseminam o discurso de ódio, recusando-se a admitir questões de orientação sexual e identidade de gênero como intrínsecas às vivências humanas. Para tanto, buscam desqualificar ou impedir o debate sobre esses temas, especialmente no que diz respeito à homossexualidade e à transexualidade, promovendo o desprezo de estudos e negando a consciência de gênero, denominando-os, de forma vil, como “ideologia de gênero” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Por fim, cabe destacar que, em razão de o discurso de ódio estimular a discriminação e a rejeição ao diferente, não se confunde com a liberdade de expressão. Quando esta se dá de maneira irrestrita, aquele surge como consequência, eliminando o debate e qualquer forma de resolução de conflitos por meio do diálogo. Logo, a liberdade de expressão, que, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluta, limita-se por outras garantias que são inerentes à dignidade humana (ALMEIDA; VALADARES, 2018).

A liberdade de expressão apresenta-se como consequência de uma sociedade plural, e, por isso mesmo, não pode ser utilizada como forma de segregação de grupos que fazem parte dessa sociedade. Isso porque quando a liberdade de expressão viola outros direitos e garantias fundamentais, se transforma em uma ação passível de punição e formadora do discurso de ódio. Nesse sentido, não há como dissociar as condutas que geram homofobia daquelas que compõem o discurso de ódio, visto que essa forma de manifestação da discriminação é estruturada no desejo de estigmatizar e excluir um grupo que, por consequência, perde sua visibilidade (ALMEIDA; VALADARES, 2018).

Na sequência, abordar-se-á a resistência das instituições e autoridades brasileiras em criminalizar condutas homofóbicas, o que contribui com a homofobia.

2.3.4 A resistência em criminalizar condutas homofóbicas como parte integrante da homofobia

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha elencado em seu corpo diversas garantias que proíbem a discriminação e exaltam a igualdade como um direito fundamental (BRASIL, 1988), o Poder Legislativo sempre se mostrou inerte no que diz respeito à proteção das minorias sexuais (BALESTERO, 2011). A decisão da Suprema Corte que criminalizou a homofobia, suprimindo parte dessa omissão

(BRASIL, 2019), é uma vitória para o grupo LGBTI+, mas não encerra o debate acerca da resistência de outros setores em pautar o tema.

Para Duarte, esse grupo foi esquecido e posto às margens da história do Brasil em razão da questão religiosa e moral presente no âmbito dos três Poderes (DUARTE, 2018). Miranda, na mesma linha, pontua que a discriminação à população LGBTI+ se dá de forma cultural, baseada em premissas preconceituosas presentes na história da identidade brasileira, que herdou valores morais da Coroa Portuguesa e da Igreja Católica (MIRANDA, 2019). Nas palavras de Bahia e Silva:

[...] tradições conservadoras mal disfarçadas de “positivismo jurídico neutro” (pretensamente neutro) ainda rondam as faculdades de direito e as barras dos tribunais. Pior, contribuem para que o Legislativo não tome posição acerca de questões problemáticas, pois se entende que a omissão do legislador em tomar parte é uma forma de “silêncio eloquente” (atrelado ao princípio da “reserva legal”) que resolve tais questões sem ter de resolvê-las e pretende-se que, assim, também os tribunais delas não possam tratar, fazendo-se letra morta do que a Constituição dispõe acerca da “aplicabilidade imediata” dos Direitos Fundamentais (art. 5º, §2º), do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI) e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, §2º) e também do compromisso da Constituição em dar prevalência aos Direitos Humanos reconhecidos no Brasil como componentes do Ordenamento Jurídico (art. 4º, II c/c art. 5º, §§2º e 3º) (BAHIA; SILVA, 2015, p. 179).

Logo, pode-se concluir que as amarras morais e históricas que sempre marginalizaram grupos vulneráveis contribuem para que eles sofram com a discriminação institucional, dificultando sua representação na política e na liderança de outros setores essenciais que poderiam pautar suas reivindicações. Esse cenário prejudica a forma como essas populações veem a si próprias, pois não são reconhecidas pelos demais, e, portanto, não se sentem respeitadas. O reconhecimento, por sua vez, implica, além da mera aceitação, a inclusão de seus projetos na democracia e no sistema constitucional (BAHIA; SILVA, 2015).

Essa inércia da comunidade política em debater temas caros para as pessoas LGBTI+ reafirma o fato de que a homofobia está tão entranhada na sociedade e nos grupos dominantes que estes se recusam a tratar sobre esses assuntos (BAHIA; SILVA, 2015). É de se constatar que, no âmbito federal, o Legislativo brasileiro “ainda não se deu conta de que, em uma democracia, tem papel de protagonista sobre as questões que afligem a sociedade [...]. O que se vê, no entanto, é um Parlamento incapaz de lidar com temas ‘fraturantes’” (BAHIA; SILVA, 2015, p. 187).

Como prova disso, é possível citar um episódio envolvendo a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em 2011, reconheceu como entidades familiares os casais homoafetivos (BRASIL, 2011). Nessa oportunidade, parlamentares vinculados a grupos religiosos questionaram o posicionamento, afirmando que caberia exclusivamente ao Congresso Nacional eventual alteração de dispositivo legal, qualificando a decisão como ativismo judicial (MACEDO, 2011). Ainda, deputados e senadores pertencentes à “Frente Parlamentar Mista em Defesa da Família” apresentaram o Projeto de Decreto Legislativo 224/11, com o objetivo de sustar a decisão do Supremo Tribunal Federal (SIQUEIRA, 2011). No próximo capítulo desta pesquisa, será possível observar que situação semelhante ocorreu após a decisão da Suprema Corte que equiparou a homofobia ao racismo.

Nota-se, ainda, que a incapacidade da classe política em tomar posição a torna conivente com números alarmantes, citando-se como exemplo os dados obtidos pelo Grupo Gay da Bahia, que constataram 329 mortes violentas de pessoas LGBTI+ apenas no ano de 2019 no Brasil. Ainda, o Brasil ocupa o primeiro lugar na lista de países que mais mata pessoas LGBTI+ no mundo, além de ser o país em que ocorrem mais da metade dos assassinatos contra essa minoria (GRUPO GAY DA BAHIA, 2020). No entanto, deve-se ressaltar que “[...] as violências que ocorrem de fato são maiores, já que nem sempre são denunciadas ou informadas” (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020, p. 120).

Assim, é de se constatar que a omissão das autoridades em proclamar direitos da população LGBTI+ perpetua práticas homofóbicas, ao passo que permite que estas aconteçam sem que haja repressão adequada por parte do Estado. Um Legislativo que não se posiciona acerca de garantias fundamentais relacionadas a esse grupo evidencia que, quando se trata de questões de gênero, não há preocupação em tornar o tema prioridade (AMORIM; MACHADO, 2019).

Com essas análises, encerra-se o primeiro capítulo desta pesquisa. No próximo capítulo, a temática envolve a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF, sendo feita uma abordagem do caso e do julgamento, bem como da tese divergente.

3 ADO Nº 26/DF

O presente capítulo tratará da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. Será feito, inicialmente, um breve panorama do caso e seu julgamento; em seguida, serão analisadas as teses vencidas, no que tange ao princípio da reserva legal e à criação de tipo penal.

3.1 O caso e o julgamento

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/DF, julgada em 2019 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019), tomou delineamentos históricos e fundamentais para a consolidação de direitos da população LGBTI+. A referida ação foi ajuizada no ano de 2013 pelo Partido Popular Socialista – atualmente denominado Cidadania – e postulava, sobretudo, o reconhecimento da homofobia e da transfobia como crimes de racismo, bem como a declaração de mora do Congresso Nacional em criminalizar tais condutas (BRASIL, 2019a, evento 2).

A parte autora iniciou a exordial expondo uma síntese das teses pretendidas, cumprindo destacar alguns pontos relevantes:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima com base na ordem constitucional de criminalizar (mandado de criminalização) relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, ainda, subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88) [...].

A homofobia e a transfobia constituem espécies do gênero racismo, na medida em que racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro (e a homofobia e a transfobia implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras – que se identificam com o próprio gênero), consoante reconhecido por esta Suprema Corte no paradigmático caso Ellwanger (STF, HC n.º 82.424-4/RS), bem como referendado pela doutrina de Guilherme de Souza Nucci, donde enquadra a obrigatoriedade da criminalização específica da homofobia e da transfobia no disposto no art. 5º, inc. XLII, da CF/88, que impõe ao legislador o dever de elaboração de legislação criminal que puna o racismo, donde também o racismo homofóbico e transfóbico (cuja não-criminalização específica gera omissão inconstitucional parcial) [...] (BRASIL, 2019a, evento 2, p. 1-2).

Nessa linha, desenvolveu seus argumentos tratando de temas relacionados à discriminação, identidade de gênero, orientação sexual, ordens constitucionais de legislar, conceito de racismo e discurso de ódio. Assim, ressaltou que a não criminalização da homofobia por parte do Estado Brasileiro configura uma proteção deficiente aos direitos fundamentais das pessoas LGBTI+, em razão de essas condutas serem intoleráveis e se enquadrarem no conceito de racismo construído ao longo dos últimos anos e referenciado na decisão do emblemático caso Ellwanger. Ainda, salientou que, mesmo após longos anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da propositura de projeto de lei na Câmara dos Deputados para criminalizar as referidas condutas, nada havido sido feito, configurando a omissão do Poder Legislativo (BRASIL, 2019a, evento 2).

No decorrer do processo foram solicitadas informações ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados (BRASIL, 2019a, evento 21). Destaca-se que o Senado Federal referiu que o conceito de racismo, apesar de guardar semelhanças com a homofobia, é um fenômeno social distinto, motivo pelo qual um não pode se equiparar ao outro, especialmente no que tange aos fins penais, correndo o risco de incorrer em analogia *in malam partem*. Salientou, ainda, acerca da ausência de mora inconstitucional, citando projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que têm como objetivo criminalizar as condutas em análise. Por fim, apontou que a via declaratória constitucional não seria a mais adequada para discutir questões como essa, sob pena de ferir a separação entre os Poderes (BRASIL, 2019a, evento 31). Ressalte-se que, conforme visto anteriormente, esse último ponto também foi mencionado por alguns parlamentares quando da decisão da Suprema Corte em reconhecer a união estável homoafetiva.

Ainda, diversas entidades foram admitidas na condição de *amici curiae*, como, por exemplo, o Grupo Gay da Bahia, o Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais e a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, que se posicionaram favoravelmente aos pedidos expostos na inicial. Outras entidades, tais como a Associação Nacional de Juristas Evangélicos, a Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida e a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas, também admitidas como *amici curiae*, manifestaram-se contrariamente à criminalização de condutas homofóbicas (BRASIL, 2019a).

Para a melhor compreensão dos argumentos apresentados pelos *amici curiae*, optou-se por salientar alguns pontos expostos nas manifestações do Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – favorável à criminalização – e da Associação Nacional de Juristas Evangélicos – contrária à criminalização (BRASIL, 2019a).

A primeira entidade sustentou teses similares às apresentadas na exordial, destacando-se um trecho que trata da proteção insuficiente das minorias sexuais quando comparadas a outras minorias:

[...] há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação (art. 3º, IV), incluídas aí as de conteúdo racista (art. 5º, XLII) e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). Argumenta-se que, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de “proteção deficiente”, pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores (BRASIL, 2019a, evento 39, p. 05).

A segunda entidade também citou a proteção deficiente, contudo, fez colocações em outro sentido:

Neste ponto, é necessário concluir que o princípio da proibição de proteção insuficiente não pode ser usado como fundamento imperativo e eficaz para a criminalização de qualquer conduta, muito menos, como se discute na presente ação, através de provimento jurisdicional. Da mesma forma, quanto à técnica de decisões com perfil aditivo – sejam interpretativas, de acolhimento parcial ou substitutivas – estas, em princípio, não se aplicam em matéria penal, posto que, se assim o fosse, seriam atentatórias ao próprio sistema constitucional e à separação dos poderes (BRASIL, 2019a, evento 52, p. 21).

Ao analisar os trechos supracitados, chama a atenção o fato de ambas as entidades terem utilizado o princípio da proteção deficiente para chegarem a conclusões opostas. Cardinali aponta que esse fenômeno não é raro quando se trata do tema em questão, considerando que, em muitos casos, as teses aventadas pelos grupos religiosos para desaprovar a criminalização da homofobia são semelhantes às utilizados pela comunidade LGBTI+ para defendê-la (CARDINALI, 2018): “pluralidade da sociedade contemporânea, direito à diferença e liberdade de expressão” (CARDINALI, 2018, p. 195).

Por fim, é de se destacar o parecer emitido pelo Ministério Público Federal, no qual opinou pelo reconhecimento de práticas homofóbicas e transfóbicas como crime, nos termos da Lei nº 7.716/1989, afirmando que tal decisão não seria analogia *in malam partem*. Quanto ao art. 5º, XLII, da Constituição Federal, observou que há verdadeiro mandado de criminalização que abrange a necessidade de punir condutas homofóbicas, configurando, portanto, a mora legislativa, que não é afastada em razão da existência de projetos de lei que tratem da matéria tramitando no Congresso Nacional. Ainda, ressaltou que a ausência de punição para as condutas supracitadas apresenta-se como proteção insuficiente aos bens jurídicos tutelados por parte do Estado (BRASIL, 2019a, evento 118).

Partindo das considerações feitas nos autos, em fevereiro de 2019 iniciaram-se as sessões do julgamento conjunto da ADO nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4733/DF, impetrado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros, com objeto idêntico à ADO em análise (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019). Pontue-se que, na presente pesquisa, optou-se pela análise tão somente da ADO nº 26/DF, justamente por sua eficácia geral e efeito vinculante, além de razões didáticas e a fim de evitar tautologia.

Nessa toada, o Ministro Relator da ADO nº 26/DF, Celso de Mello, posicionou-se favoravelmente à declaração do estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional e sua omissão legislativa, e, ainda, enquadrando a homofobia e a transfobia aos tipos penais expressos na Lei nº 7.716/1989, de modo a qualificar tais práticas como crime de racismo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c). Em extenso e histórico voto, o Ministro trouxe análises importantes no que concerne à discriminação sofrida pela população LGBTI+, considerações essas que serão abordadas especificamente em momento posterior.

Acompanharam o voto do Relator, formando maioria, os Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que votaram em sentido contrário, restaram vencidos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a).

Dessa forma, a ação foi julgada procedente, cabendo transcrever²:

² Considerando que, até a data de conclusão da presente pesquisa, o acórdão completo da ADO nº 26/DF ainda não havia sido publicado, colacionou-se o texto do acórdão liberado pelo Ministro Relator Celso de Mello em 18 de setembro de 2019.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o **estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional** na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandato de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; b) declarar, em consequência, a existência de **omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União**; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, §2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “*caput*”, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para **enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional**, seja por considerar-se, nos termos desse voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a, p. 10-12, grifo nosso).

A decisão continua, apontando as teses firmadas pelos Ministros:

Em seguida, por maioria, fixaram-se as seguintes teses: **1. 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*”); 2. 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 de 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. 3. 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 de 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, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu as teses propostas. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a, p. 10-12, grifo nosso).

Salienta-se que a primeira tese fixada pela Suprema Corte, além de enquadrar a homofobia e a transfobia ao conceito de racismo constante na Lei nº 7.716/1989, também definiu que o homicídio doloso, quando praticado sob essas circunstâncias, amolda-se à qualificadora do motivo torpe, tal como consta no art. 121, §2º, I, *in fine*, do Código Penal (BRASIL, 1940) – na doutrina de Masson, o motivo torpe é classificado como aquele que é repugnante e reprovável em seu sentido moral (MASSON, 2014).

A seguir, será feita análise a respeito das fundamentações levantadas na tese divergente apresentada pelos Ministros vencidos, no que diz respeito ao princípio da reserva legal e à criação de tipo penal.

3.2 Análise da tese divergente: o Princípio da Reserva Legal e a criação de tipo penal

O presente subcapítulo abordará os pontos principais³ dos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio⁴, apresentando, ainda, fundamentações doutrinárias que embasam seus posicionamentos.

³ Considerando que, até a data de conclusão da presente pesquisa, o acórdão completo da ADO nº 26/DF ainda não havia sido publicado, utilizou-se como referência, em alguns momentos, recursos audiovisuais e notícias constantes nos sítios eletrônicos oficiais do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Ricardo Lewandowski inicia seu voto referindo que o princípio da igualdade apenas poderá ser efetivado quando houver o reconhecimento da pluralidade de identidades e das diversas demandas sociais que cada uma carrega. Para que se possa atingir a igualdade material, mostram-se necessárias, além de mudanças simbólicas, que possibilitam transformações culturais, mudanças no plano jurídico, de modo a tutelar adequadamente os direitos das pessoas pertencentes aos grupos minoritários (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b).

Nessa toada, destaca que, embora os direitos inerentes à identidade de gênero e à orientação sexual sejam fundamentais para a dignidade da pessoa humana, a população LGBTI+ ainda é constante vítima da violência destilada por grupos majoritários. Por essa razão, uma das formas de se dar vida o princípio da igualdade é punindo condutas discriminatórias, o que se apresenta como verdadeiro mandado de criminalização previsto no texto constitucional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b), que, em seu art. 5º, XLI, normatiza que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988). Assim, entende o Ministro que houve omissão parlamentar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b), com a consequente “mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b, p. 14).

Para a melhor compreensão dos termos, cita-se a obra de Barroso, que conceitua a omissão como um fenômeno no qual é identificada a inércia de um dos Poderes em elaborar atos normativos que sejam necessários para a concretização de mandamentos constitucionais. Continua o autor, apontando que a mera inércia não configura a omissão inconstitucional, sendo necessário que haja o descumprimento de um comando constitucional que obrigue a criação de norma. Isso porque no caso do Parlamento, legislar é uma faculdade, sendo classificada como uma decisão discricionária; contudo, quando há uma imposição advinda da Constituição Federal para que o Legislativo atue, sua omissão será inconstitucional (BARROSO, 2012).

Souza Neto e Sarmiento apontam que a inconstitucionalidade por omissão tem como requisito a mora na regulamentação de certo dispositivo constitucional,

⁴ Destaca-se que, na sessão de julgamento, o voto do Ministro Dias Toffoli foi sintético, pois se manifestou tão somente de forma a acompanhar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d), motivo pelo qual não será feita a análise de seu voto.

culminando na frustração de sua eficácia. Logo, nota-se a existência de uma lacuna advinda da omissão legislativa, que demanda, por parte do julgador, a cientificação ao órgão que se encontra em mora, para que possa tomar providências e regulamentar a norma faltante (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Assim, Barroso destaca que, no caso de haver omissão total do dever de legislar, surgem três possibilidades de atuação judicial. A primeira delas refere-se à aplicação imediata da norma constitucional, sendo possível quando a norma possui autoaplicabilidade, podendo o Tribunal resolver a celeuma. A segunda opção diz respeito aos casos em que a norma constitucional exige outro comando para que seja possível a sua aplicação, o que faz com que o Tribunal apenas declare a conduta omissiva, implicando na constituição de mora do Legislativo. A última possibilidade, embora seja a menos comum, é a mais eficaz, e ocorre nas hipóteses em que, apesar de a norma não ser autoaplicável, o Tribunal cria a norma inexistente no caso concreto, fazendo o uso de princípios, analogia e costumes (BARROSO, 2012).

Contudo, embora o Ministro Ricardo Lewandowski tenha considerado inegável o reconhecimento da mora legislativa no caso da ADO nº 26/DF, salientou que não cabe à Suprema Corte punir as condutas homofóbicas, pois o caso abrange matéria penal, que, por sua vez, se sujeita ao princípio da reserva legal absoluta (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b):

Não obstante a repugnância que provocam as condutas preconceituosas de qualquer tipo, é certo que apenas o Poder Legislativo pode criminalizar condutas, sendo imprescindível lei em sentido formal nessa linha. Efetivamente, o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. A Carta Magna é clara: apenas a lei, em sentido formal, pode criminalizar uma conduta (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b, p. 17).

Quanto a esse princípio, Alexandrino e Paulo apontam que se fala em reserva legal nos casos em que “o texto constitucional, em um dispositivo determinado, exige expressamente que um dado assunto seja regulado mediante lei” (ALEXANDRINO; PAULO, 2015, p. 50-51). Continuam, citando como exemplo o art. 9º, §1º, da Constituição Federal, que trata do direito de greve (ALEXANDRINO; PAULO, 2015) e determina que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e

disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (BRASIL, 1988).

Por essa razão, considerando o exposto no art. 5º, XLI, da Constituição Federal, no qual o vocábulo **lei** está presente, o Ministro Ricardo Lewandowski concluiu seu voto apontando acerca da impossibilidade de a Suprema Corte assumir o papel de criminalizar condutas homofóbicas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b):

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019b, p. 19).

O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, também iniciou seu voto reconhecendo a discriminação sofrida pelo grupo LGBTI+, bem como a proteção insuficiente por parte do Estado em relação aos direitos dessa população. De outra banda, apontou que a Suprema Corte está tendo sucesso no reconhecimento de temas relacionados à identidade de gênero e à orientação sexual, citando como exemplos as decisões que possibilitaram a união estável homoafetiva como entidade familiar e o reconhecimento de direito às pessoas trans, independentemente de cirurgia de redesignação sexual ou de tratamentos hormonais, de substituírem seu prenome e sexo no registro civil, mediante simples declaração de vontade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Partindo dessas considerações iniciais, passou a tecer comentários acerca do cabimento do mandado de injunção (MI) – lembrando que o MI nº 4733/DF e a ADO nº 26/DF tiveram julgamento conjunto – e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão para alcançar o provimento jurisdicional pretendido nas exordiais, não se olvidando dos limites da atuação da Suprema Corte. Nesse contexto, referiu que não há direito subjetivo à criminalização da conduta de outra pessoa, motivo pelo qual não se pode admitir a inexistência de norma que viabilize algum direito. Assim, é de titularidade do Estado o dever de punir, e não dos particulares, surgindo, portanto, a inadequação da via eleita no caso do mandado de injunção (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Considerou que essa conclusão se aplica, em parte, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Isso porque não se pode admitir que a Suprema

Corte tipifique condutas, considerando que criar tipo penal provisório mediante pronunciamento judicial é incompatível com a natureza declaratória inerente à ADO. Soma-se a isso o fato de o art. 5º, XLI, da Constituição Federal, prever que a lei punirá qualquer espécie de discriminação que viole os direitos fundamentais, motivo pelo qual não se pode interpretar o texto constitucional de modo a contrariar esse princípio basilar. Nesse diapasão, ainda apontou que a reserva legal em matéria penal é princípio essencial do Estado Democrático de Direito, citando o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que delinea todas as normas que compõem o Direito Penal, tal como a proibição de agravar ou fundamentar a pena com base na analogia ou no direito consuetudinário, bem como a vedação de normas penais indeterminadas e a vedação à retroatividade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Nota-se, portanto, que o Ministro Marco Aurélio também trata do princípio da reserva legal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d), razão pela qual se torna importante trazer à baila mais algumas considerações doutrinárias, dessa vez nas palavras de Cunha:

O princípio do qual decorre a necessidade de lei como fonte formal imediata não é, simplesmente, o da legalidade, mas o da reserva legal, muito mais restrito. Pelo princípio da legalidade, são diversas as fontes normativas que podem fundamentar a imposição de obrigações e a restrição de direitos: lei, decreto, portaria, instrução normativa. Já o princípio da reserva legal pressupõe lei em sentido estrito, ou seja, nenhuma conduta será tipificada como crime ou contravenção e nenhuma pena será cominada a não ser por meio de dispositivo cujo conteúdo tenha sido devidamente debatido e votado por cada uma das Casas parlamentares em forma de lei ordinária (mais comum) ou de lei complementar (não tão usual porque reservada às hipóteses em que a Constituição exige a regulamentação por esta espécie legislativa) (CUNHA, 2017, p. 58).

Nucci, no mesmo sentido, afirma que o princípio da reserva legal garante que o conteúdo constante na norma incriminadora apenas seja criado por meio de lei, no sentido estrito da palavra, ou seja, aquela proveniente do Poder Legislativo (NUCCI, 2017). Masson ainda complementa, pontuando que esse princípio possui tanto fundamento jurídico, caracterizado pela taxatividade e pela vedação da analogia *in malam partem*, quanto fundamento político, materializado pela proteção conferida às pessoas em face de eventuais arbítrios cometidos pelo Estado em seu poder/dever de punir (MASSON, 2014). Cardinali também se posiciona dessa forma quando

trata, em sua obra, do princípio da reserva legal no âmbito da ação constitucional ora analisada (CARDINALI, 2018):

Nesse sentido, mesmo autores entusiastas da superação do dogma do legislador negativo e da possibilidade de sentenças aditivas e normativas pelo STF entendem que a reserva de lei em sentido absoluto, como se dá com a criação de tipos penais, representa uma limitação intransponível à competência normativa judicial. Significa dizer, o STF está impedido de superar diretamente a ausência de tutela penal da criminalização da homofobia e da transfobia. Restaria apenas a possibilidade do reconhecimento da omissão inconstitucional, cientificando o legislador dessa situação, como um mecanismo de “controle fraco de constitucionalidade”.

Outrossim, a eventual arrogação pelo STF da possibilidade de extensão da tutela penal, seja por meio de técnica interpretativa que, ao fim e ao cabo, gere analogia *in malam partem*, seja por meio da atividade legislativa atípica, representa um grave risco de paroxismo da jurisdição constitucional. Não é preciso uma argumentação *ad terrorem* para perceber que a possibilidade de o Judiciário prever novas hipóteses de punição criminal gera constrangimentos incontornáveis ao Estado Democrático de Direito (CARDINALI, 2018, p. 166-167).

Nesse diapasão, Miranda ressalta ser um ponto controverso da decisão proferida na ADO nº 26/DF a utilização de analogia para tipificar as condutas homotransfóbicas com aquelas previstas pela Lei nº 7.716/1989 (MIRANDA, 2019) – conceitua-se a analogia como “[...] um procedimento autointegrativo do direito que cria uma norma jurídica onde, originalmente, não existe” (MIRANDA, 2019, p. 34). Assim, embora seja possível seu uso em outras áreas do Direito, não é admitida no Direito Penal (MIRANDA, 2019), “pelo menos *‘in malam partem’* (em prejuízo da parte), sob pena de flagrante mitigação do Princípio da Legalidade (ou Reserva Legal)” (MIRANDA, 2019, p. 34).

O autor continua, apontando que a atuação do Poder Judiciário mediante “[...] inovação no âmbito criminal jamais pode perder de vista os Princípios Constitucionais do Direito Penal, sejam os implícitos ou os explícitos” (MIRANDA, 2019, p. 33), justamente pelo fato de ser o Direito Penal a *ultima ratio*, o que faz com que sua aplicação necessite seguir estritamente o princípio basilar das ciências criminais: a reserva legal (MIRANDA, 2019).

No mesmo contexto, o Ministro Marco Aurélio ressalta que a estrita legalidade no que diz respeito à interpretação do texto constitucional em matéria penal impossibilita que o Tribunal crie ou complemente tipo penal. Dessa forma, a atuação do Judiciário vincula-se ao direito positivo das normas aprovadas pelo Poder

Legislativo, não cabendo interpretação discricionária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

No que tange à Lei nº 7.716/1989, portanto, destaca que as normas versam sobre a discriminação baseada na “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” (BRASIL, 1989), não abrangendo a discriminação relacionada à orientação sexual ou identidade de gênero. Assim, é de se concluir que os preceitos contidos na norma são taxativos e rejeitam a ampliação de seu sentido penalizante. Entendimento contrário esvaziaria o significado existente nas condutas previstas pela legislação, invadiria a competência atribuída ao Congresso Nacional para legislar no âmbito de matérias penais e inviabilizaria a segurança jurídica (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Cardinali, no mesmo sentido, cita como exemplo o caso Ellwanger. O autor ressalta que a Suprema Corte, nesse precedente, deixou de considerar o termo raça em seu significado (CARDINALI, 2018) “ontológico-biológico, entendendo-a como uma categoria político-social, histórica e culturalmente manejada para oprimir determinados grupos sociais, como os judeus” (CARDINALI, 2018, p. 168). De outra banda, essa definição não abre espaço para que se possa falar que qualquer espécie de discriminação pode ser enquadrada no conceito de racismo. Assim, a decisão proferida no âmbito da ADO nº 26/DF estaria determinando que, da mesma forma que a homofobia e a transfobia podem ser consideradas crimes de racismo (CARDINALI, 2018), “qualquer crime movido por preconceito e discriminação poderia ser considerado imprescritível” (CARDINALI, 2018, p. 168).

Badaró compartilha do mesmo entendimento, ao passo em que entende não ser possível extrair dos vocábulos constantes na Lei nº 7.716/1989 conteúdo que se relacione com a discriminação por identidade de gênero ou orientação sexual. Embora reconheça que o termo raça é inadequado, justamente pelo fato de existir uma única “raça”, que é a humana, o autor aponta pela impossibilidade de desconsiderar o sentido dessa expressão para o crime de racismo. Continua, argumentando que, desde a Lei Afonso Arinos, os conceitos de raça e de cor seriam relacionados à cor da pele, e assim permanecem até os dias de hoje, por mais que essa terminologia já tenha deixado de ser aceita e utilizada cientificamente (BADARÓ, 2019).

O autor ainda pontua que, quando se trata de tipos penais, a reserva legal impede que o julgador criminalize condutas que não o foram pelo legislador. Apesar

de referir que a lei penal, assim como qualquer outro preceito legal, deve ser interpretada, somada ao fato de que o julgador não pode se eximir de subjetivismos no momento da aplicação da lei, Badaró ressalta que a solução para os indeterminismos não seria a interpretação discricionária, mas sim uma norma que consiga expressar satisfatoriamente o que seus vocábulos representam (BADARÓ, 2019).

Quanto à interpretação dos tipos penais, Capez salienta que o princípio da reserva legal determina que a conduta criminalizada seja descrita detalhada e especificamente, de modo a evitar tipos penais abrangentes ou genéricos. A generalização se configura quando são utilizadas expressões com amplo sentido ou vagas, que têm o condão de abranger inúmeras ações, violando, assim, as garantias inerentes à legalidade (CAPEZ, 2012). Nesse sentido, conforme o entendimento do Ministro Marco Aurélio, conceituar o termo racismo de modo a enquadrar a homofobia, seria tornar os tipos penais constantes na Lei nº 7.716/1989 genéricos, pois abrangeria uma série de outras condutas discriminatórias que não se encontram expressamente previstas pela norma (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Sintetizando as teses divergentes, cabe destacar o seguinte trecho presente na obra de Miranda:

É imperioso notar que, por traz [*sic*] de uma decisão que, aparentemente, parece atender ao clamor público de uma população vitimada pelas práticas discriminatórias homotransfóbicas, pode haver um risco a democracia constitucional, tendo em vista que não há legitimidade representativa quando o Poder Judiciário passa a legislar. Regimes totalitários, que representam a antítese da democracia, são comumente marcados por mecanismos e teorizações jurídico-políticas que enfraquecem o poder normativo da lei.
[...] o julgamento em análise conclama a uma reflexão acerca dos fins e dos meios quando se trata das exacerbações entre os Poderes da República, uma vez que, nem sempre a falta de legitimidade do Judiciário estará em sintonia com o melhor interesse público, ou com os daqueles legitimados para representarem os interesses da população pelo exercício do voto (MIRANDA, 2019, p. 36).

Fazendo o uso dos argumentos expostos, o Ministro Marco Aurélio concluiu seu voto ressaltando ser incompatível declarar a mora inconstitucional do Congresso Nacional e, ao mesmo tempo, reconhecer a homofobia e a transfobia como espécies do crime de racismo. Por essa razão, julgou improcedentes os pedidos, não

reconhecendo a omissão e não criminalizando as referidas condutas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d).

Partindo dessas premissas, cabe agora analisar a tese vencedora, que se fundamentou precisamente nesse dilema entre a suposta criação de um tipo penal para alcançar as condutas homotransfóbicas e a nova interpretação do termo racismo.

4 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

O terceiro e último capítulo tratará de aspectos relacionados à criminalização da homofobia. Inicialmente, será feita análise do voto proferido pelo Ministro Relator, ressaltando sua conexão com a discriminação sofrida pelas pessoas LGBTI+. Em um segundo momento, abordar-se-á uma nova perspectiva para o grupo, traduzida por meio das ações afirmativas.

4.1 Análise do Voto Condutor do Ministro Celso De Mello sob o aspecto da discriminação

O Ministro Relator da ADO nº 26/DF, Celso de Mello, que proferiu voto condutor para esse julgamento, posicionou-se pela declaração de omissão do Legislativo e pela equiparação da homotransfobia ao racismo, crime este expresso pelos diversos tipos penais constantes na Lei nº 7.716/1989 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

De modo a tornar a análise de seu voto o mais didática possível, optou-se por dividi-lo em alguns itens principais, que serão expostos nas próximas páginas.

4.1.1 A inércia do Legislativo em materializar os direitos da população LGBTI+

O Ministro Celso de Mello tece, em seu voto, importantes considerações a respeito da pertinência da ação de inconstitucionalidade por omissão para o caso em comento. Refere sobre a necessidade de existir relação entre o dever de legislar imposto pelo texto constitucional e a inércia do Congresso Nacional em cumprir com esse mandamento, o que configura conduta morosa do Estado e permite que os legitimados façam o uso desta ação de controle abstrato (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Contudo, conforme já mencionado anteriormente, a mera inércia legislativa não configura omissão, necessitando que haja desrespeito a uma ordem constitucional que determine a atuação positiva do legislador (BARROSO, 2012). No caso em análise, o Ministro Celso de Mello pontua que há, para o Poder Legislativo, verdadeiro mandado de incriminação constante nos arts. 5º, XLI e XLII, da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c), ao passo em que

preceituam que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988), bem como que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Observa-se que o texto constitucional cria direitos subjetivos por meio desses mandamentos, tornando possível a exigência de normas que viabilizem seu exercício (BARROSO, 2012):

Vê-se, daí, que a omissão do Congresso Nacional em produzir normas legais de proteção penal à comunidade LGBT – por configurar inadimplemento manifesto de uma indeclinável obrigação jurídica que lhe foi imposta por superior determinação constitucional – traduz situação configuradora de ilicitude afrontosa ao texto da Lei Fundamental da República (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 42).

Assim, refere o Ministro Relator, não se podem tolerar omissões inconstitucionais por parte do Poder Público, em específico no que concerne ao Legislativo, pois o desrespeito aos mandados de criminalização representa uma das piores faces da desvalorização da Constituição Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c). Essa inércia legislativa “estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelo aparelho estatal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 44).

Continua, ressaltando acerca da ilegitimidade e da nocividade de uma Constituição elaborada sem que haja vontade de cumpri-la de forma integral, ou, mais grave ainda, com o intuito de executá-la de modo a favorecer apenas os grupos majoritários e os governantes, excluindo por completo as necessidades das pessoas vulneráveis (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c). “Desse modo, e ante a irrecusável supremacia da Carta Política, revela-se essencial impedir o desprestígio da própria Constituição [...]” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 55).

Rebatendo essa responsabilidade, o Senado Federal, ao prestar informações no âmbito do processo em questão, levantou a hipótese de afastamento da inércia do Congresso Nacional, em razão da existência do Projeto de Lei nº 5.003/2001, cujo objetivo é criminalizar condutas discriminatórias por razões de sexo, gênero ou orientação sexual (BRASIL, 2019a, evento 31). Diante desse quadro:

Não obstante respeitável o esforço dispensado pelo Congresso Nacional no sentido de instaurar o debate legislativo em torno da questão da criminalização da homofobia, revela-se inquestionável, no entanto, a ausência conspícua de qualquer providência efetiva no sentido de superar a situação inequívoca e irrazoável “*inertia deliberandi*” ora constatada no presente caso (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 48).

Ainda, nesse ponto, o Ministro Relator trata da cientificação ao Congresso Nacional a respeito do estado de mora. Salaria que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha precedentes que indiquem para a delimitação de prazo considerado razoável para que o Poder Legislativo efetive a norma constitucional, essa solução nem sempre se mostra satisfatória. Dessa forma, no caso de o Congresso Nacional não adotar as medidas cabíveis, a Suprema Corte seria parte legítima para formular solução que permita o exercício do direito em questão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Nesse diapasão, faz-se necessário ressaltar que as considerações presentes no voto do Ministro Celso de Mello e, posteriormente, confirmadas pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, repelem um dos argumentos apresentados pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto, quando aponta que a equiparação da homofobia ao racismo seria incompatível com o reconhecimento da omissão legislativa (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019d). Isso porque a decisão da Suprema Corte é no sentido de que as condutas homofóbicas sejam enquadradas aos tipos penais contidos na Lei nº 7.716/1989 “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” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 154). Nota-se, portanto, que essa decisão vai ao encontro da celeridade que pode ser alcançada quando a Corte efetivamente resolve a celeuma jurídica (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Passa-se, agora, a analisar o problema posto quanto à adequação da homofobia ao racismo, tema do próximo item.

4.1.2 A consolidação do conceito de racismo

As principais argumentações desenvolvidas no voto do Ministro Celso de Mello partem da conceituação dos termos raça e racismo, fazendo uso, para tanto,

da decisão proferida pela Suprema Corte no *habeas corpus* nº 82.424/RS (caso Ellwanger) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c):

É por isso que a doutrina [...], na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito de “raça” como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 77-78).

Nesse sentido, Almeida ressalta que, em razão de as sociedades possuírem trajetórias únicas que dão a cada um de seus segmentos significados particulares que apenas podem ser compreendidos quando analisados sob o prisma histórico, com o racismo não haveria porque ser diferente. Logo, deve-se atentar para o fato de que características culturais e biológicas, por exemplo, apenas representam uma raça, quando avaliadas em determinado contexto histórico, político e econômico (ALMEIDA, 2018). “Daí a importância de se compreender o peso das classificações raciais, não apenas na moldura dos comportamentos individuais ou de grupos, mas na definição de estratégias políticas estatais e não estatais” (ALMEIDA, 2018, p. 43).

Oposto ao entendimento de Almeida, o Ministro Moreira Alves, em seu voto – vencido – no *habeas corpus* nº 82.424/RS, refutou a possibilidade de fazer nova interpretação ao conceito de racismo atribuído ao texto constitucional, defendendo que o Constituinte fez uso dessa terminologia para indicar exclusivamente a discriminação racial proferida contra pessoas negras. Dessa forma, buscou interpretar o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, de forma estrita (BRASIL, 2004), ao contrário do que sustenta Lafer, quando afirma que esse dispositivo deve ser interpretado extensivamente, pois se trata de matéria de direitos humanos (LAFER, 2004).

Assim, conforme Lafer:

Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de “raça” [...] exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos [...]. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, essa linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do

argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (LAFER, 2004, p. 85).

Partindo dessas premissas, “[...] os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo” (LAFER, 2004, p. 85). Portanto, considerando a decisão proferida pela Suprema Corte no caso Ellwanger, a inclusão da discriminação por identidade de gênero e por orientação sexual nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989 é perfeitamente possível (VECCHIATTI, 2014), “visto que a discriminação contra não heterossexuais (orientação sexual) e as pessoas transgêneras (identidade de gênero) se enquadra no conceito jurídico-constitucional de racismo cunhado pelo STF nesse julgado” (VECCHIATTI, 2014, p. 755).

Assim, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, pontua que as condutas homotransfóbicas são o racismo em sua forma contemporânea – o racismo social –, devendo ser, portanto, enquadradas na Lei nº 7.716/1989. Esse posicionamento busca coibir comportamentos que disseminem o ódio contra um grupo em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c). Nesse diapasão, os núcleos constantes no tipo penal do art. 20 da referida lei “revestem-se de **caráter proteiforme**, dada a multiplicidade de formas executivas que esses comportamentos podem assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável da intolerância racial” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 90-91, grifo nosso).

Em outras palavras, conforme o entendimento do Ministro Celso de Mello, não se poderia alegar que esta decisão importa em usurpação de atribuições conferidas aos outros Poderes da República (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c), pois, em verdade, está sendo utilizado o “[...] método da interpretação conforme, no que se refere ao conceito de ‘raça’, para os fins a que se refere a Lei nº 7.716/89 [...]” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 93):

A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie [...], da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência

constitucional desta Suprema Corte [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 93).

Logo, é de se concluir que a criminalização da homofobia encontra-se protegida por uma ordem constitucional de legislar, que se traduz na criminalização do racismo, que, por sua vez, abrange a discriminação contra as pessoas LGBTI+, conforme a interpretação da Suprema Corte firmada no caso Ellwanger (VECCHIATTI, 2014) e consolidada na ADO nº 26/DF.

Isso porque a homofobia “implica uma instrumentalização de tais pessoas [população LGBTI+] em prol de [...] um ideal heterossexista de sociedade, que só aceita a heterossexualidade como sexualidade ‘aceitável’” (VECCHIATTI, 2014, p. 778). Assim, a decisão aqui analisada enaltece o dever de tolerância, caracterizado como um pressuposto da democracia e proveniente do princípio da dignidade da pessoa humana – que rechaça o tratamento discriminatório fundado na identidade de gênero ou na orientação sexual (VECCHIATTI, 2014).

Logo, o entendimento da Suprema Corte não poderia ser outro. Afinal, um dos desafios inerentes ao Estado Democrático de Direito é o reconhecimento da diversidade e do pluralismo como imprescindíveis para a formação do próprio Estado, concretizando, assim, os direitos fundamentais expressos pela Constituição da República. Essa é a única forma de dar voz às minorias em sua luta por igualdade, sendo possível adotar instrumentos típicos da democracia para inibir a violência sofrida pelos grupos marginalizados (BAHIA; SILVA, 2015). Nessa linha, nota-se que “a diversidade cria um espaço que possibilita o debate sobre possíveis soluções aos problemas sociais-políticos-jurídicos de um Estado, e não sobre um problema que deva ser eliminado pela construção da ideia de um ‘povo homogêneo’” (BAHIA; SILVA, 2015, p. 182).

O item subsequente dedicar-se-á a analisar as motivações que levaram a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a não aderir à tese da criação de tipo penal.

4.1.3 A rejeição da tese que sustenta a criação de tipo penal

Inicialmente, é de se destacar um dos pedidos feitos pela parte autora em sua exordial. A agremiação partidária requereu que, caso transcorresse o prazo fixado pela Suprema Corte sem que o Congresso Nacional efetivasse a criminalização da

homotransfobia, ou, ainda, caso não fosse fixado prazo algum, que o próprio Supremo Tribunal Federal tipificasse a conduta (BRASIL, 2019a, evento 2).

O Ministro Celso de Mello é claro, em seu voto, ao afirmar que essa possibilidade não é cabível. Isso porque eventual acolhimento desse pedido configuraria manifesta ofensa à separação dos Poderes, bem como ao princípio da reserva legal, previsto pelo art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Assim, não cabe ao Judiciário atuar como legislador, sobretudo no que concerne à criação de tipos penais, que se sujeitam à lei em sentido formal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Ainda, o Ministro repele a possibilidade de, por meio da equiparação da homofobia ao racismo, fazer o uso de analogia *in malam partem* ou formulação de tipo penal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c):

Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia "*in malam partem*" em matéria penal [...], valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema [...]. Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que [...] mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal [...]. O que estou a propor [...] limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido em sua dimensão social: o denominado racismo social (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 94-95).

No que se refere às condutas previstas pela Lei nº 7.716/1989, Nucci salienta que a legislação trata o tema discriminação de forma muito restrita. Afirma que o legislador poderia ter optado por definir os crimes que resultam de qualquer espécie de preconceito ou discriminação (NUCCI, 2014), e não apenas aqueles referentes à "raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (BRASIL, 1989). Continua, apontando que, mesmo com os inúmeros dispositivos constitucionais que enaltecem os direitos humanos e rechaçam qualquer forma de distinção, a referida lei optou por criminalizar condutas expressas e muito específicas, olvidando-se das diversas formas de discriminação indireta existentes (NUCCI, 2014).

Assim, fazendo o uso da mesma tese acolhida pela Suprema Corte no julgamento da ADO nº 26/DF, Nucci busca solucionar o conflito imposto pela restrição das definições constantes na Lei nº 7.716/1989, de modo a incluir no conceito de racismo outras espécies de discriminação, que não apenas aquela baseada no defasado conceito de “raça”, citando, para tanto, a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger. Raça seria, portanto, não um grupo de pessoas que têm em comum características étnicas e biológicas, mas sim um grupo que compartilha comportamentos e ideias, defendendo-os de forma conjunta, sem que constituam, necessariamente, um conjunto de pessoas semelhantes fisicamente. Logo, salienta que os homossexuais poderiam ser classificados, nos termos da referida lei, como um grupo racial (NUCCI, 2014).

Assim, o autor rebate argumentações no sentido de que, pelo fato de a legislação não mencionar o termo orientação sexual, não seria possível tipificar condutas relacionadas a essa espécie de discriminação. Embasa essa sustentação no próprio caso Ellwanger, que considerou condutas antissemitas como racistas, motivo pelo qual seria perfeitamente cabível classificar a segregação de outros grupos identificados sob qualquer critério como racismo, inclusive o grupo LGBTI+. Ressalta, ainda, que não se trata de analogia *in malam partem*, pois não se busca equiparar a pessoa homossexual, por exemplo, com outro indivíduo com o qual seja parecido, de modo a integrar uma raça, mas, sim, objetiva-se negar a existência de um conceito preestabelecido de raça, consolidando que o racismo é, em verdade, a discriminação segregacionista (NUCCI, 2014).

Conclui-se, portanto, que a consolidação do conceito de racismo firmada pela decisão proferida na ADO nº 26/DF, por si só, afasta as teses divergentes. Cabe, agora, analisar a importância de decisões como essa, que protegem grupos minoritários e fortalecem funções da Suprema Corte.

4.1.4 As funções contramajoritária e representativa do Supremo Tribunal Federal

A jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, quando observada pela ótica político-institucional, envolve a atuação contramajoritária e a atuação representativa. A primeira diz respeito à invalidação, feita por órgão jurisdicional, de atos advindos dos Poderes Executivo e Legislativo. A segunda, conforme menciona

Barroso, vem sendo ignorada por boa parte da doutrina, embora exerça papel fundamental para o mundo jurídico (BARROSO, 2015).

O papel contramajoritário é legítimo, pois baseado na proteção de direitos fundamentais e da própria democracia, evitando-se, dessa forma, que o processo democrático seja corrompido ou que os grupos minoritários sejam oprimidos (BARROSO, 2015). “Um desses valores fundamentais é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta” (BARROSO, 2015, p. 36-37).

Para Barroso, a democracia vai além de ser o governo da maioria, pois é inerente de sua dimensão substantiva a inclusão da justiça, da igualdade e da liberdade. Afinal, é esse viés que impede que certos grupos sejam esquecidos e excluídos do projeto coletivo que forma sua essência. Ainda, além da proclamação de ideais de igualdade, a democracia se materializa quando reafirma que todos os cidadãos pertencem à comunidade política (BARROSO, 2018), sobretudo aqueles que foram “vencidos no processo político, assim como os segmentos minoritários em geral, [pois] não estão desamparados e entregues à própria sorte” (BARROSO, 2018, p. 242).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, salienta que o julgamento da ADO nº 26/DF é uma clara expressão do papel contramajoritário conferido à Suprema Corte, considerando que, com a criminalização de condutas homofóbicas, as pessoas pertencentes ao grupo de minorias sexuais passariam a ter maior proteção contra eventuais excessos cometidos pelos grupos que compõem a “maioria”, bem como contra omissões lesivas que partem desses mesmos grupos. Ressalta, nesse contexto, que o Poder Legislativo, em razão de ser influenciado por opiniões manifestadas por grupos majoritários, tem se mostrado contrário à inclusão de pautas relacionadas à população LGBTI+ em suas discussões, configurando omissão prejudicial a esse grupo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c):

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 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 142).

Além disso, é de se observar que a referida decisão também demonstra o papel representativo da Suprema Corte. De acordo com Campos, essa função advém de uma desconfiança de certos grupos sociais com a classe política, o que faz com que busquem o Judiciário para efetivar direitos que deveriam ter sido concretizados pelo Poder Legislativo – que permaneceu inerte na criação de normas garantidoras. Assim, a função representativa do Supremo Tribunal Federal dá voz a demandas sociais que foram esquecidas pelo processo político (CAMPOS, 2014).

Barroso ainda defende que a Corte desempenha “o papel de vanguarda iluminista, encarregada de empurrar a história quando ela emperra” (BARROSO, 2015, p. 42). Continua, pontuando que, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas, por exemplo, talvez não tenha atendido ao pensamento majoritário da sociedade, mas foi uma decisão que efetivou direitos fundamentais para as pessoas LGBTI+. Nesse caso, conforme já pontuado anteriormente nesta pesquisa, alguns setores da política e do mundo jurídico posicionaram-se contrariamente a esse entendimento, apontando que a matéria seria de competência do Legislativo, e não do Judiciário, o que, na visão de Barroso, não é adequado (BARROSO, 2015):

Como havia direitos fundamentais em jogo, esta não parece ser a melhor posição. Ela contrapõe o princípio formal da democracia – as maiorias políticas é que tem legitimidade para decidir – aos princípios materiais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, favorecendo o primeiro [...]. **Coloca-se o procedimento acima do resultado, o que não parece um bom critério** (BARROSO, 2015, p. 42, grifo nosso).

Nessa toada, ressalta o Ministro Relator, objetivando não reduzir a democracia a uma categoria simplesmente conceitual ou formal, torna-se imprescindível impor “[...] a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias [...]” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 145), de modo a assegurar aos grupos vulneráveis e marginalizados o pleno acesso a seus direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional, que não podem ser tolhidos por grupos majoritários (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

4.1.5 A criminalização da homofobia como forma de efetivação da busca da felicidade e dos Princípios de Yogyakarta

Embora a Filosofia ainda encontre dificuldades em conceituar a felicidade, é possível afirmar que ela é composta pelos anseios de cada pessoa, existindo inúmeros motivos que podem fazer alguém feliz. Assim, apesar de não estar expresso no ordenamento brasileiro, o direito à busca da felicidade deriva de outros postulados fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, configurando-se como um princípio constitucional implícito (CORDEIRO; RAMOS; SOUZA, 2018). A relevância do princípio ora em análise é explicada pelo fato de que “ser feliz constitui um desejo básico que todo indivíduo leva em consideração ao exercer seus atos e realizar seus desejos legítimos. Ou seja, ser feliz é um sentimento que transcende a mera existência material” (CORDEIRO; RAMOS; SOUZA, 2018, p. 132).

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, unifica todos os direitos e garantias fundamentais. Pode ser conceituada como um valor moral e espiritual próprio de cada pessoa, manifestando-se por meio da capacidade de autodeterminação e escolhas conscientes a respeito de sua própria vida, além de significar um fundamento mínimo que todo ordenamento jurídico deve assegurar. Nesse sentido, eventuais limitações ao exercício dos direitos fundamentais devem ocorrer somente de forma excepcional, mas sempre observando o respeito que cada indivíduo merece, bem como o direito à busca da felicidade (MORAES, 2017).

O direito à busca da felicidade das pessoas LGBTI+ parte da premissa de que a sexualidade faz parte da natureza humana, sendo um direito de todos, motivo pelo qual impedir alguém de expressar sua sexualidade significa impedir que essa pessoa seja feliz de forma plena. Logo, a opressão sofrida pelas minorias sexuais constitui verdadeira ofensa ao direito à vida (GORISCH, 2014):

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso (PRINCÍPIOS, 2007, p. 6).

Portanto, é de se concluir que, assim como a busca da felicidade envolve a livre expressão da verdadeira essência humana do indivíduo, sua efetivação

também exige que essa postura seja respeitada por terceiros (VECCHIATTI, 2014). “Ora, se todos têm o direito de autodeterminar a forma como viverão suas vidas, é evidente que têm o direito de ter sua autodeterminação respeitada pelos demais membros da sociedade quando isto não implique prejuízos a terceiros” (VECCHIATTI, 2014, p. 738). Nessa linha, condutas homofóbicas são opostas ao respeito, motivo pelo qual não podem ser admitidas (VECCHIATTI, 2014):

[...] fica evidente que é inadmissível que se subjuguem as minorias (enfim, quaisquer pessoas) em função do pensamento do que a maioria pensa ser a forma supostamente “correta” de viver a vida, sob pena de afronta à dignidade humana daquelas. Cada pessoa possui uma autonomia individual que lhe garante o direito de viver sua vida da forma como melhor entenda e, portanto, o direito de ser respeitada pelos demais membros da coletividade, desde que não prejudique terceiros [...]. Isso é tão evidente que é inacreditável que tenha que ser difundido (VECCHIATTI, 2014, p. 743).

Na mesma toada, o Ministro Celso de Mello aponta que o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da ordem democrática proclamada pela Constituição Federal, origina o postulado da busca da felicidade. Logo, considerando os objetivos fundamentais expressos no texto constitucional, o reconhecimento da busca da felicidade autoriza a atuação da esfera penal para punir a discriminação contra a população LGBTI+ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Continua, pontuando que, para esse grupo, a livre expressão de sua identidade de gênero e orientação sexual, sem qualquer tipo de abuso ou discriminação, é fundamental para a concretização da busca da felicidade. Ainda, considera que a criminalização da homofobia, além de constituir um dos tantos pilares necessários para a efetivação da busca da felicidade das pessoas LGBTI+, mostra-se essencial para que sejam cumpridos os Princípios de Yogyakarta, especialmente aqueles que tratam da indivisibilidade dos aspectos que compõem a identidade humana (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Os Princípios de Yogyakarta surgiram com o trabalho conjunto de especialistas e diversas Organizações Não Governamentais, que mapearam violências sofridas pela população LGBTI+, com o objetivo de assegurar a correta aplicação de tratados de direitos humanos para casos concretos, bem como a obrigação dos Estados signatários em implementar tais medidas (ALAMINO; DEL VECCHIO, 2018). Assim, em uma reunião realizada na Universidade Gadjah Mada,

em Yogyakarta, na Indonésia, no ano de 2006, reunindo 25 países – inclusive o Brasil, que foi representado por Sonia Onufer Corrêa, co-presidenta do grupo (PRINCÍPIOS, 2007) –, os especialistas “adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero” (PRINCÍPIOS, 2007, p. 7).

Mostra-se cada vez mais necessária a proteção dos direitos humanos das pessoas LGBTI+, que vem sendo violados de forma padronizada em todo o mundo. Essas violações incluem tortura, agressões físicas e sexuais, negação de acesso à educação e a empregos, além de outras discriminações relacionadas a seus direitos humanos (PRINCÍPIOS, 2007). Dessa forma, “os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero” (PRINCÍPIOS, 2007, p. 7), bem como “afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados” (PRINCÍPIOS, 2007, p. 8).

Nesse contexto, afirma-se que todo indivíduo tem direito a usufruir de forma plena dos direitos humanos, bem como de não ser discriminado em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual. Os Princípios de Yogyakarta partem dessas premissas, enfatizando que todas as pessoas LGBTI+ têm direito, por exemplo, à vida digna, ao trabalho, à segurança, à educação, à liberdade, e à constituição de família. A título de recomendação aos Estados, enfatiza-se que eles devem tomar providências jurídicas, legislativas e institucionais para a efetivação dos princípios (PRINCÍPIOS, 2007).

Com fundamento nos Princípios de Yogyakarta, o Ministro Celso de Mello afirma que “violações de direitos humanos que atingem pessoas por motivo de orientação sexual ou de identidade de gênero traduzem situações que um Estado fundado em bases democráticas não pode tolerar nem admitir” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 102). Isso porque a identidade de gênero e a orientação sexual são direitos personalíssimos, que guardam íntima conexão com os princípios da dignidade da pessoa humana, do pluralismo, da não discriminação, da busca da felicidade e da liberdade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c).

Nessa linha, a criminalização de condutas homofóbicas é um importante passo para a efetivação desses princípios, possibilitando à população LGBTI+ que usufrua de direitos que, embora lhes sejam legítimos, necessitam ser lembrados a todo o momento (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c):

O fato irrecusável, no tema ora em exame, é um só: os atos de preconceito ou de discriminação em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero não podem ser tolerados. Ao contrário, devem ser reprimidos e neutralizados, pois se revela essencial que o Brasil dê um passo significativo contra a discriminação e contra o tratamento excludente que têm marginalizado grupos minoritários em nosso País, como a comunidade LGBT, o que torna imperioso acolher novos valores e consagrar uma nova concepção de Direito fundada em nova visão de mundo, superando os desafios impostos pela necessidade de mudança de paradigmas, em ordem a viabilizar, como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019c, p. 104).

Finda a análise do histórico voto do Ministro Celso de Mello, o próximo subcapítulo, que concluirá os estudos feitos nesta pesquisa, tratará do momento posterior à criminalização da homofobia.

4.2 Perspectivas para além da criminalização da homofobia: as ações afirmativas

A criminalização da homofobia foi uma importante conquista para a população LGBTI+, mas, com certeza, muitas outras estão por vir. Neste último subcapítulo, busca-se analisar a possibilidade de novas perspectivas para o grupo, com o objetivo de alcançar a igualdade material.

Para tanto, mostra-se necessário citar como exemplo a tutela de direitos conquistada por outras minorias. Azevedo e Oliveira demonstram que, no caso da Lei Maria da Penha, abriu-se um grande debate acerca da violência doméstica e da necessidade de combatê-la. Em razão disso, algumas mulheres passaram a se sentir mais encorajadas para denunciar os agressores, bem como buscar acolhimento nos serviços públicos de atenção às vítimas de violência doméstica. Outro exemplo é a inclusão da injúria racial no Código Penal, que desencadeou certa mudança na sociedade, ao passo que tais atitudes discriminatórias passaram a ser tratadas com mais rigor pela legislação (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020).

Porém, como é de conhecimento notório, a punição penal de condutas não é sinônima do fim da discriminação; não o foi para as mulheres e para os negros, e certamente não o será para a população LGBTI+. Assim, a criminalização da homofobia, embora ofereça reconhecimento ao movimento por parte do poder público, impactando de modo positivo na sociedade e na cultura, de forma a iniciar um processo de desconstrução de preconceitos que historicamente atingem esse

grupo, não é, sozinha, mecanismo que se mostre suficiente para a completa proteção das minorias sexuais (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020).

Conforme Baratta, esse é um fenômeno típico de sociedades marcadas fortemente pela desigualdade. Isso porque há uma dicotomia na qual a discriminação de certos grupos é tamanha que necessita urgentemente da tutela do Direito Penal; de outra banda, essa tutela pode se mostrar insuficiente, justamente pelo fato de o preconceito superar até mesmo as penas impostas pela legislação (BARATTA, 2002). O autor continua, apontando que “quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo [...]”. (BARATTA, 2002, p. 206). A solução, na visão do autor, é a efetivação de uma política criminal alternativa, que poderia passar, inclusive, por opções que sejam mais eficazes que o próprio Direito Penal. Porém, ele mesmo questiona essa possibilidade, afirmando que a substituição do Direito Penal somente será viável quando a sociedade se tornar mais igualitária (BARATTA, 2002):

[...] a sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, do direito à religião, à escola, à família, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado [...].
A sociedade igualitária é aquela que deixa o máximo de liberdade à expressão do diverso, porque a diversidade é precisamente o que é garantido pela igualdade, isto é, a expressão mais ampla da individualidade de cada homem, portanto, que consente a maior contribuição criativa e crítica de cada homem à edificação e à riqueza comum de uma sociedade de “livres produtores”, na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e de necessidades positivas (BARATTA, 2002, p. 208).

Piovesan, na mesma linha, afirma que os grupos minoritários necessitam que suas peculiaridades e especificidades sejam observadas, considerando que o direito à igualdade anda lado a lado com o direito à diferença. Nesse sentido, é evidente que não basta a existência de igualdade formal, sendo imprescindível que haja igualdade material, sob o aspecto da justiça como forma de reconhecimento da pluralidade de identidades (PIOVESAN, 2005). Assim, conforme a autora, combater a discriminação exige “[...] duas estratégias: a. repressiva punitiva (que tem por objetivo punir, proibir e eliminar a discriminação); b. promocional (que tem por objetivo promover, fomentar e avançar a igualdade)” (PIOVESAN, 2005, p. 48):

Faz-se necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto como processo. Isto é,

para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais. Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão/exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica violenta exclusão e intolerância à diferença e à diversidade. O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2005, p. 49).

Por esse motivo, mostra-se necessário tratar de ações afirmativas para a população LGBTI+. Piovesan as define como medidas específicas adotadas temporariamente, buscando reparar um passado de discriminação sofrido por algum grupo minoritário (PIOVESAN, 2013), de modo a “[...] acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva [...]” (PIOVESAN, 2013, p. 266) para essas minorias. Continua, pontuando que as ações afirmativas são políticas compensatórias que devem ser entendidas tanto pela ótica retrospectiva, ao passo em que buscam remediar um histórico de discriminação, quanto pela ótica prospectiva, pois objetivam efetivar a diversidade e a pluralidade no meio social (PIOVESAN, 2013).

As ações afirmativas, inicialmente, eram compreendidas como medidas que visavam a promoção da igualdade da população negra. Posteriormente, passaram a incluir outros grupos (RIOS, 2008), momento em que seu conceito passou a significar “o uso deliberado de critérios raciais, étnicos ou sexuais com o propósito específico de beneficiar um grupo em situação de desvantagem prévia ou de exclusão, em virtude de sua respectiva condição racial, étnica ou sexual” (RIOS, 2008, p. 158).

Salienta-se que o texto constitucional brasileiro prevê a adoção de ações afirmativas para grupos vulneráveis. É o que ocorre, por exemplo, no caso do art. 7º, XX, que normatiza a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (BRASIL, 1988). De igual forma, o art. 37, VIII preceitua que “a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão” (BRASIL, 1988).

Ainda, em razão de a Constituição Federal incorporar, em seu art. 5º, §3º, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos [...] [como] emendas

constitucionais” (BRASIL, 1988), salienta-se que em muitos desses dispositivos as ações afirmativas são explicitamente mencionadas. É o caso da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (BRASIL, 2002), que, em seu art. 4º, aponta que “a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher não se considerará discriminação [...]” (BRASIL, 2002).

Logo, é de se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe as ações afirmativas como forma de promoção da igualdade material, especialmente em razão de o texto constitucional preocupar-se, em vários trechos (RIOS, 2008), com “a construção de uma sociedade justa e solidária [...]; com a promoção do bem de todos, sem preconceito [...]; [e com] assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (RIOS, 2008, p. 193). Assim:

A decisão sobre a adoção de ações afirmativas, portanto, inclui-se no leque de alternativas disponíveis aos poderes públicos, alternativas estas que guardam compatibilidade com o princípio da igualdade, naquilo que este princípio exige a promoção da igualdade fática. Do ponto de vista constitucional e diante da realidade da discriminação, a promoção da igualdade fática por meio de medidas diferenciadas (ações afirmativas, por exemplo) é, portanto, obrigatória e condicionada. Obrigatória, na medida em que o princípio da igualdade não se compadece com a perpetuação de desigualdades fáticas injustas; condicionada, na medida em que a instituição de tratamentos diferenciados a serviço da igualdade fática requer a demonstração de razões suficientes (RIOS, 2008, p. 195-196).

Um dos exemplos mais importantes de ações afirmativas é as cotas para ingresso nas universidades e em concursos públicos (AUAD; CORDEIRO, 2018). Em 2012 foi aprovada a Lei nº 12.711/2012, que regulamentou o ingresso em instituições federais de ensino (BRASIL, 2012) e, em 2014, a Lei nº 12.990/2014 passou a reservar um percentual das vagas em concursos públicos federais para pessoas negras (BRASIL, 2014).

Contudo, apesar do acolhimento das ações afirmativas pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como de sua efetivação por meio de alguns exemplos citados, nota-se uma lacuna em sua promoção em razão de não abranger significativamente a população LGBTI+ (AUAD; CORDEIRO, 2018). Assim, Auad e Cordeiro ressaltam sobre a relevância da interseccionalidade dessas ações (AUAD; CORDEIRO, 2018), apontando para a “dimensão das ações afirmativas para além da questão racial e social, dizendo respeito também às questões de gênero e orientação sexual” (AUAD; CORDEIRO, 2018, p. 198).

As autoras conceituam a interseccionalidade como a “articulação de dois ou mais fatores de subordinação (racismo, patriarcalismo, opressão de classe, entre outros)” (AUAD; CORDEIRO, 2018, p. 199), destacando que:

[...] não há hierarquias de opressão. E a essa assertiva complementamos: todas as opressões em intersecção devem ser consideradas na construção da democracia. Afinal, se as identidades se constroem no entrelaçar das categorias sociais e as discriminações também, as soluções de enfrentamento destas e de fortalecimento daquelas devem considerar a interseccionalidade de gênero, raça, orientação sexual e identidade de gênero, dentre outras categorias e elementos (AUAD; CORDEIRO, 2018, p. 199-200).

Pode-se citar como exemplo a Universidade Federal da Bahia, que implementou a interseccionalidade das ações afirmativas por meio da política de cotas para o ingresso em cursos de graduação e pós graduação, reservando vagas para negros, índios aldeados, pessoas com deficiência, moradores de comunidades remanescentes dos quilombos, imigrantes ou refugiados em situação de vulnerabilidade e pessoas trans (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA, 2019; AUAD; CORDEIRO, 2018). Outro exemplo que inclui uma minoria sexual é o da Fundação Universidade Federal do ABC, que foi a primeira universidade pública do Estado de São Paulo a implementar cotas para as pessoas trans por meio do Sistema de Seleção Unificada (RAFFS; SANTANA, 2019).

Contudo, essas iniciativas ainda são minoritárias, pouco expressivas quando comparadas com o que poderia ser feito em âmbito nacional para promover a igualdade material de pessoas LGBTI+ (AUAD; CORDEIRO, 2018). A Universidade de São Paulo, por exemplo, embora garanta o uso do nome social às pessoas trans em documentos internos – mas não no diploma –, sequer discute a possibilidade de adotar cotas para esse grupo (RAFFS; SANTANA, 2019). Nesse sentido, Auad e Cordeiro ressaltam que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação 2014-2024 não demonstram preocupação com questões de identidade de gênero e orientação sexual, o que contribui para a invisibilização do movimento (AUAD; CORDEIRO, 2018).

Assim, as autoras apontam sobre o silenciamento das demandas da comunidade LGBTI+ no âmbito da educação (AUAD; CORDEIRO, 2018), o que também se aplica aos outros setores da sociedade:

A não referência à orientação sexual expressa a invisibilidade em torno disso e uma desconsideração em relação à necessidade de enfrentamento dessas questões na educação brasileira. Tal desconsideração se traduz, dentre variados fenômenos, em banalização das mortes [de pessoas LGBTI+] [...] e remonta à invisibilização da população LGBT no que se refere ao mínimo necessário para angariar e manter direitos, o que afeta diretamente o acesso e a permanência dessa população na escola e na universidade (AUAD; CORDEIRO, 2018, p. 200).

Azevedo e Oliveira pontuam algumas iniciativas que tiveram como fundamento a promoção da igualdade da população LGBTI+, como, por exemplo, projetos de lei que visam a criminalização da homofobia e o Projeto do Estatuto da Diversidade Sexual, elaborado pela Ordem dos Advogados do Brasil (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020). Outro programa relevante vem do Município de São Paulo, que criou o Projeto de Reinserção Social Transcidadania, destinado à reintegração social de pessoas trans em situação de vulnerabilidade, oferecendo oportunidade de estudo e qualificação profissional, além de transferir renda por meio de auxílio mensal (CIDADE DE SÃO PAULO, 2020).

Contudo, embora exista alguma disposição para tanto, as iniciativas ainda são fragmentadas (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020) e “não são objetos de políticas públicas mais articuladas e de alcance nacional, mesmo que elas sejam de suma importância para a manutenção e superação das opressões de gênero e sexuais” (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020, p. 138). Apesar de haver certa busca por parte dos entes federativos em efetivar os direitos da população LGBTI+, essas ações restringem-se à criação de convenções, planos de educação, comitês, sanções administrativas e programas com pouca abrangência, considerando que a União possui competência privativa para legislar em matéria civil, penal e processual, o que limita ações mais amplas (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020). Assim, os autores também apontam para o fato de que “[...] a ausência de arcabouço jurídico federal explícito, que formule e implemente políticas públicas voltadas à [...] população LGBTQI+, ainda é uma adversidade, e a discriminação continua a ser uma escolha política e ideológica” (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020, p. 149).

Nesse sentido, a ausência de ações afirmativas para a população LGBTI+ dificulta a promoção da igualdade material desse grupo (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020):

Todos os três Poderes ainda têm muito a observar, quanto à necessidade de assegurar os direitos das lésbicas, gays, bissexuais, travestis,

transexuais, *queer*, *intersex* e todas as outras pessoas que não se adequam aos padrões da heteronormatividade, a fim de tornar eficaz, de fato, os princípios constitucionais e os direitos humanos (AZEVEDO; OLIVEIRA, 2020, p. 150).

Para concluir, é de se destacar o pensamento de Almeida, quando salienta a respeito da importância de ações afirmativas, na medida em que essas políticas são fundamentais para tornar os ambientes sociais mais democráticos e plurais, o que, na visão do autor, literalmente salva a vida dos indivíduos pertencentes aos grupos minoritários. Para além da promoção da diversidade, as ações afirmativas têm como objetivo central promover a igualdade por meio da desconstrução do funcionamento da sociedade e suas instituições, que aceitam a subalternidade das minorias como algo natural (ALMEIDA, 2019). “Ora, se a raça e etnia no país sempre foram critérios para excluir os afro-descendentes [e a população LGBTI+], que sejam hoje utilizados para, ao revés, incluí-los” (PIOVESAN, 2005, p. 51).

Diante das análises, observa-se que, embora haja uma lacuna nas ações afirmativas para a população LGBTI+ – tanto na prática quanto na bibliografia –, essas políticas públicas são de grande importância para as vivências sociais do grupo, caracterizando-se como um passo a ser dado em uma perspectiva para além da criminalização da homofobia.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou da discriminação enfrentada pela população LGBTI+ e da criminalização da homofobia. As minorias sexuais são, historicamente, colocadas às margens da sociedade e sofrem as mais diversas formas de violência, sendo impedidas de expressarem livremente sua orientação sexual e sua identidade de gênero, aspectos que são inerentes às vivências humanas. Nesse sentido, a repressão penal às condutas homofóbicas apresenta-se como uma forma de promover a igualdade e a dignidade das pessoas LGBTI+, visto que confere proteção mais específica ao grupo.

Partindo dessas constatações iniciais, há uma urgente necessidade de que a temática seja amplamente discutida, difundindo informações corretas e de qualidade, com o objetivo final de impedir que o grupo em questão continue a sofrer com a discriminação. Isso porque as condutas segregacionistas, em muitas ocasiões, são motivadas pela falta de informação e pelo desconhecimento da realidade de indivíduos que pertencem a grupos sociais distintos. Assim, fazer uso de espaços dentro da academia, por exemplo, para tratar de assuntos que envolvem a diversidade é uma forma de incentivar o debate acerca de questões essenciais para a vida em sociedade.

Por meio dos estudos realizados, foram atingidos os objetivos inicialmente propostos, averiguando a forma como a discriminação à população LGBTI+ impactou na decisão do Supremo Tribunal Federal que equiparou a homofobia ao racismo. Nesse contexto, apresentou-se um panorama acerca da discriminação, do racismo e da homofobia, que serviu de base para que se pudesse chegar à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF. A partir dessas considerações, analisou-se a tese divergente e a vencedora, observando que, nesta última, a discriminação sofrida pelas minorias sexuais teve grande influência. Por fim, ainda foi possível tecer comentários a respeito de uma nova perspectiva para o grupo, por meio das ações afirmativas.

Os resultados alcançados apontam que a discriminação é muito evidente em sociedades desiguais, e está tão naturalizada que se apresenta de forma estrutural, permeando todas as relações sociais. Nesse sentido, o racismo é uma forma de discriminação e, no Brasil, remonta à época da escravidão, que coincide com o início do processo de colonização. O surgimento de teorias raciais levou às teorias sobre o

racismo, que, por sua vez, instigaram movimentos progressistas e antirracistas a debaterem o assunto, momento em que surgiram as primeiras leis que criminalizaram a conduta.

Na mesma toada, a homofobia tem raízes antigas, associadas à tradição judaico-cristã, que considerava a homossexualidade pecado. Essa visão legitimou a discriminação às pessoas LGBTI+ de diversas formas: criminalizou e patologizou a homossexualidade; difundiu a homofobia por meio do discurso de ódio; e impediu que o poder público tomasse providências para garantir os direitos fundamentais do grupo. Ocorre que embora a Constituição Federal, desde o ano de 1988, proíba a discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, bem como que, no ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal tenha definido o que é racismo social, o Poder Legislativo permaneceu inerte em seu dever de legislar e proteger as minorias sexuais, não conseguindo, sequer, reconhecer que a homofobia é uma espécie de racismo.

Por essas razões, coube à Suprema Corte exercer seus papéis contramajoritário e representativo, de modo a suprir essa lacuna legislativa. Embora as teses divergentes apresentadas no julgamento tenham levantado a hipótese de que a criminalização da homofobia da forma como foi feita viola o princípio da reserva legal, criando tipo penal, observa-se que esses argumentos apresentam falhas. Isso porque a decisão proferida simplesmente inseriu a homofobia nos crimes já existentes na Lei nº 7.716/89, tendo como fundamentação o conceito social de racismo, que nada tem a ver com aspectos biológicos, mas, sim, com a discriminação sofrida por determinado grupo. Nessa toada, é evidente que a homofobia constitui forma de racismo.

Partindo dessas premissas, a criminalização da homofobia é uma das possibilidades para que sejam efetivados direitos fundamentais da população LGBTI+, tal como a busca da felicidade. Se a sexualidade é um direito de todos, reprimir orientações sexuais e identidades de gênero não normativas significa obstaculizar o acesso desse grupo à sua felicidade plena. Nesse sentido, não se pode tolerar que a sexualidade seja objeto de controle nas mãos dos grupos majoritários, devendo o Estado intervir para que as pessoas LGBTI+ possam exercer direitos que lhe são legítimos.

O fim da discriminação, contudo, não depende apenas da repressão criminal. Da mesma forma, a aplicação exclusiva de mecanismos alternativos ao direito penal

não funciona em sociedades desiguais, como é a brasileira. Questões sociais complexas exigem políticas públicas de inclusão, como, por exemplo, as ações afirmativas. Nessa linha, ações afirmativas pensadas para a população LGBTI+ estimulam a democratização e promovem a igualdade material, sendo uma importante medida a ser tomada pelo poder público para que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seja plenamente efetiva.

Quanto às hipóteses postas inicialmente, verifica-se que uma delas foi confirmada. A criminalização da homofobia promove os direitos da população LGBTI+, protegendo o grupo da violência e da discriminação, ao mesmo tempo em que resolve a omissão legislativa. A outra hipótese, por sua vez, que aventava a possibilidade de a Suprema Corte ter criado tipo penal e ofendido o princípio da reserva legal, restou rejeitada, considerando que, em verdade, simplesmente se inseriu a homofobia ao conceito de racismo.

Em relação ao problema de pesquisa, foi possível concluir que a discriminação sofrida pelas pessoas LGBTI+ impactou, de fato, no julgamento ora em análise, pois serviu de fundamento para a repressão de condutas homofóbicas. Além disso, influenciou na decisão por meio das funções contramajoritária e representativa da Suprema Corte, já que foi dada voz a uma minoria social pouco representada no Parlamento, bem como efetivado um direito constitucional que ainda não havia sido concretizado.

Por fim, é importante ressaltar que o estudo sobre as possíveis ações afirmativas voltadas para a população LGBTI+ encontrou algumas limitações, em razão da escassez de material bibliográfico e de exemplos práticos. No entanto, considerando que o objetivo central deste trabalho está focado em outra problemática, o breve panorama sobre as ações afirmativas feito no último subcapítulo abre um leque de possibilidades para outras pesquisas que adentrem no assunto, tornando possível, em um momento posterior, identificar de forma mais detalhada como implementar as referidas ações e alcançar a igualdade material para o grupo.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; DEL VECCHIO, Victor Antonio. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 113, p. 645-668, jan./dez. 2018. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156674>. Acesso em: 24 ago. 2020.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo: Método, 2015.

ALMEIDA, João Paulo Rodrigues; VALADARES, Gustavo. Direito Constitucional: a LGBTfobia como resultado do discurso de ódio. *In*: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Homotransfobia-direitos-sexuais-debates-contempor%C3%A2neos/dp/8551303066/ref=pd_sbs_14_20?_encoding=UTF8&pd_rd_i=8551303066&pd_rd_r=0c3bb4b3-decf-4930-85ad-f13340bffa15&pd_rd_w=nYbJW&pd_rd_wg=hxIkR&pf_rd_p=4175ec30-b42d-439a-b7aa-96bb42569dc0&pf_rd_r=4T4KWR197E46QZ9SF7XK&psc=1&refRID=4T4KWR197E46QZ9SF7XK. Acesso em: 11 jun. 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Entrevista: Silvio Luiz de Almeida. **Humanidades em diálogo**, v. 9, p. 19-37, fev. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/humanidades>. Acesso em: 07 jun. 2020.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

AMORIM, Elba Ravane Alves; MACHADO, Leonardo Breno de Oliveira Silva. A luta pela criminalização dos crimes LGBTfóbicos. *In*: COSTA, Regina Alice Rodrigues Araujo; HARTMANN, Rebeca Spencer; MENDES, Maria Goretti Soares. **Debates e reflexões sobre direitos da diversidade sexual e de gênero**. Recife: FASA, 2019. (p. 40-63). Disponível em: <https://oabpe.org.br/comissao-lanca-livro-de-artigos-sobre-direitos-da-diversidade-sexual-e-genero/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

AMORIM, Lohany Dutra; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes; RIBEIRO, Gabriela Vital. LGBT: sociedade plural e a busca pelo direito igualitário. *In*: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Homotransfobia-direitos-sexuais-debates-contempor%C3%A2neos/dp/8551303066/ref=pd_sbs_14_20?_encoding=UTF8&pd_rd_i=8551303066&pd_rd_r=0c3bb4b3-decf-4930-85ad-f13340bffa15&pd_rd_w=nYbJW&pd_rd_wg=hxIkR&pf_rd_p=4175ec30-b42d-439a-b7aa-96bb42569dc0&pf_rd_r=4T4KWR197E46QZ9SF7XK&psc=1&refRID=4T4KWR197E46QZ9SF7XK. Acesso em: 11 jun. 2020.

AUAD, Daniela; CORDEIRO, Ana Luisa Alves. A interseccionalidade nas políticas de ação afirmativa como medida de democratização da educação superior. **Eccos Revista Científica**, n. 45, p. 191-207, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=eccos&page=article&op=view&path%5B%5D=7959>. Acesso em: 07 jun. 2020.

AZEVEDO, Israel de Jesus; OLIVEIRA, Luiz Fernando de. LGBTQI+fobia: um estudo sobre a elaboração de normas antidiscriminatórias como forma de ação afirmativa no Brasil. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 50, n. 30, p. 115-158, nov. 2019/fev. 2020. Disponível em: <http://repositorio.ufc.br/handle/riufc/49839>. Acesso em: 05 jun. 2020.

BADARÓ, Gustavo. Legalidade penal e a homofobia subsumida ao crime de racismo: um truque de ilusionista. **Jota**. 24 de maio de 2019. Análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-penal-e-a-homofobia-subsumida-ao-crime-de-racismo-um-truque-de-ilusionista-24052019>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 2, p. 177-207, mai./ago. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38641>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BALESTERO, Gabriela Soares. O direito à diversidade sexual no Brasil e os efeitos violentos do descaso do poder legislativo federal. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 11, n. 123, p. 05-16, jan. 2011. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12331>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARBOSA, Maria Rita de Jesus. A influência das teorias raciais na sociedade brasileira (1870-1930) e a materialização da Lei nº 10.639/03. **Revista Eletrônica de Educação**, v. 10, n. 2, p. 260-272, 2016. Disponível em: <http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/view/1525>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3180>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar de Direito – Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1,

p. 217-266, jan./jun. 2018. Disponível em:
<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/494>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENITO, Emilio de. OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. **El País**. Madri, 18 de junho de 2018. Internacional. Disponível em:
https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704_000097.html. Acesso em: 21 mai. 2020.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. Brasília: 1951. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília: 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília: 2012. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de

economia mista controladas pela União. Brasília: 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Brasília: 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7716.htm. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Procuradora-Geral da República e Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ayres Britto. Decisão: 05/05/2011. DJe, 13 out. 2011. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Partido Popular Socialista e Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão: 13/06/2019. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 22 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26. **Supremo Tribunal Federal**. 2019a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4515053>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424/RS**. Siegfried Ellwanger e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão: 17/09/2003. DJ, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452>. Acesso em: 22 mai. 2020.

CAETANO, Marcio; CASTRO, Amanda Motta. Dilma Rousseff: as eleições e a lógica androcêntrica na política brasileira. **Revista Nanduty**, v. 6, n. 8, p. 23-45, 2018. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/nanduty/article/view/8819>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

CARVALHO, Claudio Oliveira de; MACEDO JÚNIOR, Gilson Santiago. 'Ainda vão me matar numa rua': direito à cidade, violência contra LGBTs e heterocisnormatividade na cidade-armário. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, 2019. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1018>. Acesso em: 02 set. 2020.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia *queer*. In: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 201-228).

CASTRO, Lorena Roberta Barbosa; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219>. Acesso em: 13 jun. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira**: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Linha-Pesquisa-Acad%C3%A4mica-Discurso-Jurisprud%C3%A4ncia/dp/8547221816/ref=sr_1_fkmr1_2?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&keywords=direito+lgbt+homofobia+racismo+stf&qid=1586780943&s=books&sr=1-2-fkmr1. Acesso em: 11 jun. 2020.

CIDADE DE SÃO PAULO. Projeto Reinserção Social Transcidadania. **Cidade de São Paulo**. 20 de agosto de 2020. São Paulo: 2020. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento/cursos/operacao_trabalho/index.php?p=170430. Acesso em: 25 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Reconocimiento de derechos de personas LGBTI. **Relatório**. 2018. Disponível em: <https://cidhoea.wixsite.com/avances-lgbti/portugues>. Acesso em: 21 mai. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas. **Relatório**. 2015. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/relatorios.asp>. Acesso em: 21 mai. 2020.

CORBO, Wallace. Discriminação indireta: o que é e como superá-la? **Jota**. 09 de novembro de 2017. Opinião e análise. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/discriminacao-indireta-o-que-e-e-como-supera-la-09112017>. Acesso em: 06 mai. 2020.

CORDEIRO, Chirley Vanuyre Vianna; RAMOS, Zélia Maria Xavier; SOUZA, Erik Almeida Rodrigues de. Direito à felicidade: análise principiológica e desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 100-137, ago./2018. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/29986>. Acesso em: 02 jun. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120). 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. *In*: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017. (p. 25-88).

DUARTE, Francis Augusto. A influência do STF no reconhecimento das mudanças comportamentais da sociedade brasileira no tocante à minoria LGBT. *In*: DESLANDES, Keila (Coord.). **Homotransfobia e direitos sexuais: debates e embates contemporâneos**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. *E-book*. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Homotransfobia-direitos-sexuais-debates-contempor%C3%A2neos/dp/8551303066/ref=pd_sbs_14_20?_encoding=UTF8&pd_rd_i=8551303066&pd_rd_r=0c3bb4b3-decf-4930-85ad-f13340bffa15&pd_rd_w=nYbJW&pd_rd_wg=hxIkR&pf_rd_p=4175ec30-b42d-439a-b7aa-96bb42569dc0&pf_rd_r=4T4KWR197E46QZ9SF7XK&psc=1&refRID=4T4KWR197E46QZ9SF7XK. Acesso em: 11 jun. 2020.

FACCHINI, Regina. Entre compassos e descompassos: um olhar para o “campo” e para a “arena” do movimento LGBT brasileiro. **Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades**. Natal, v. 3, n. 4, p. 131-158, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2300>. Acesso em: 21 mai. 2020.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

GORISCH, Patrícia. **O reconhecimento dos direitos humanos LGBT: de Stenowall à ONU**. Curitiba: Appris, 2014. *E-book*. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Reconhecimento-Direitos-Humanos-LGBT-Stonewall/dp/8581923569/ref=sr_1_10?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&keywords=lgbt+brasil+hist%C3%B3ria+direito&qid=1586781532&refinements=p_85%3A19171728011&rnid=19171727011&rps=1&s=books&sr=1-10. Acesso em: 11 jun. 2020.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019**. Salvador: Grupo Gay da Bahia, 2020. 173 p. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.diversidadessexual.com.br/?page_id=61. Acesso em: 13 jun. 2020.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. A invenção da “ideologia de gênero”: a emergência de um cenário político-discursivo e a elaboração de uma retórica reacionária antigênero. **Revista Psicologia Política**, v. 18, n. 43, p. 449-502, set./dez. 2018. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2018000300004. Acesso em: 03 jun. 2020.

LAFER, Celso. Parecer: O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>. Acesso em: 19 mai. 2020.

LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças. **Revista Saúde Pública**. São Paulo, v. 18, n. 5, p. 344-345, out. 1984. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0034-891019840005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 21 mai. 2020.

LIMA, Maria Eduarda Wanderley. Equidade de gênero na política: análise do resultado das eleições gerais de 2018 no Congresso Nacional e algumas considerações acerca da sub-representação feminina na política brasileira. *In*: COSTA, Regina Alice Rodrigues Araujo; HARTMANN, Rebeca Spencer; MENDES, Maria Goretti Soares. **Debates e reflexões sobre direitos da diversidade sexual e de gênero**. Recife: FASA, 2019. (p. 166-182). Disponível em: <https://oabpe.org.br/comissao-lanca-livro-de-artigos-sobre-direitos-da-diversidade-sexual-e-genero/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

MACEDO, Idhelene. Reconhecimento da união de homossexuais pelo STF divide opiniões na Câmara. **Câmara dos Deputados**. 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/214019-reconhecimento-da-uniao-de-homossexuais-pelo-stf-divide-opinioes-na-camara/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

MAIA, Dhiego. Há 30 anos, OMS tirou homossexualidade de catálogo de distúrbios. **Folha de São Paulo**. 16 de maio de 2020. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/ha-30-anos-oms-tirou-homossexualidade-de-catalogo-de-disturbios.shtml>. Acesso em: 21 mai. 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2 ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRANDA, Lucas Barbosa de. Criminalização da homofobia pelo STF: reflexões para além do debate público. *In*: COSTA, Regina Alice Rodrigues Araujo; HARTMANN, Rebeca Spencer; MENDES, Maria Goretti Soares. **Debates e reflexões sobre direitos da diversidade sexual e de gênero**. Recife: FASA, 2019. (p. 23-39). Disponível em: <https://oabpe.org.br/comissao-lanca-livro-de-artigos-sobre-direitos-da-diversidade-sexual-e-genero/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

MOLINA, Antonio Garcias-Pablo de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

OLIVEIRA, João Manuel de. Orientação sexual e identidade de gênero na psicologia: notas para uma psicologia lésbica, gay, bissexual, trans e *queer*. In: NOGUEIRA, Conceição; OLIVEIRA, João Manuel de (Org.). **Estudo sobre a discriminação em função da orientação sexual e da identidade de gênero**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2010. (p. 19-44). Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/64341>. Acesso em: 17 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6208296>. Acesso em: 07 jun. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Tradução de Jones de Freitas. jul. 2007. Disponível em: http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1845. Acesso em: 02 jun. 2020.

PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, Ministério Público do Estado do Ceará. **O Ministério Público e a igualdade de direitos para LGBTI: conceitos e legislação**. 2 ed. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiateca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017/view>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RAFFS, Laura; SANTANA, Jonas. UFABC é a primeira a reservar vagas para pessoas trans em São Paulo. **Jornal do Campus**. 12 de junho de 2019. Redação JC. Disponível em: <http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2019/06/ufabc-e-a-primeira-a-reservar-vagas-para-pessoas-trans-em-sao-paulo/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

REIS, Toni (Org.). **Manual de comunicação LGBTI+**. 2 ed. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/com-apoio-do-unaid-organizacoes-lancam-manual-de-comunicacao-lgbti/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SIQUEIRA, Carol. Parlamentares pedem agilidade para projeto contra união homoafetiva. **Câmara dos Deputados**. 01 de junho de 2011. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/215777-parlamentares-pedem-agilidade-para-projeto-contr-uniao-homoafetiva/>. Acesso em: 22 mai. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Homofobia e ações sobre competência para determinar diligências no Senado são temas em pauta nesta quarta-feira (13). **Supremo Tribunal Federal**. 12 de fevereiro de 2019. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403040>. Acesso em: 26 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou a homofobia (atualizada). **Supremo Tribunal Federal**. 18 de setembro de 2019. 2019a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26ementaassinada.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro Celso de Mello divulga texto da ementa e do acórdão do julgamento que criminalizou homofobia (atualizada). **Supremo Tribunal Federal**. 18 de setembro de 2019. 2019c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26VotoRelatorMCM.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa. **Supremo Tribunal Federal**. 13 de junho de 2019. 2019b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vídeo (2h23min). Pleno – Criminalização da homofobia. **Publicado pelo canal STF**, 2019. 2019d. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qZUGC_I_0GY. Acesso em: 26 mai. 2020.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. UFBA lança edital com vagas reservadas às pessoas trans, refugiados, índios aldeados e quilombolas. **Universidade Federal da Bahia**. 07 de janeiro de 2019. Ufba Em Pauta. Disponível em: https://ufba.br/ufba_em_pauta/ufba-lan%C3%A7a-edital-com-vagas-reservadas-%C3%A0s-pessoas-trans-refugiados-%C3%ADndios-aldeados-e. Acesso em: 25 ago. 2020.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como racismo. *In*: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (p. 733-781).

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Racismo homotransfóbico e a população LGBTI como um grupo racializado. **Jota**. 28 de maio de 2019. Opinião e análise. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/racismo-homotransfobico-e-a-populacao-lgbti-como-um-grupo-racializado-28052019. Acesso em: 21 mai. 2020.

GLOSSÁRIO

Binarismo: ideia que tem por base uma dualidade entre pessoas dos sexos masculino e feminino (JESUS, 2012); visão de que apenas existem homem e mulher, masculino e feminino; é considerada uma crença limitante para pessoas que se identificam como não-binárias (REIS, 2018).

Bissexual: pessoa que sente atração afetiva e/ou sexual por indivíduos de mais de um gênero (JESUS, 2012).

Cisgênero: refere-se a pessoas cuja identidade de gênero coincide com o sexo biológico com o qual nasceram; o oposto de cisgênero é transgênero (REIS, 2018).

Gay: pessoa do gênero masculino, seja cisgênero ou transgênero, que sente atração afetiva e/ou sexual por outros indivíduos do gênero masculino (REIS, 2018).

Gênero: conceito que define a experiência cultural de ser homem ou mulher; construção social relacionada ao sexo, que distingue o sentido biológico do sentido social; definição que afirma que ser homem ou mulher é um produto da sociedade, não guardando relação unicamente com a anatomia do corpo (REIS, 2018).

Heterocisnormativo: tem relação com a instituição da heterossexualidade e da cisgeneridade como naturais para as pessoas; impõe um padrão legitimado pela sociedade como o único a ser seguido; desconsidera orientações sexuais e identidades de gênero diversas (CARVALHO; MACEDO JÚNIOR, 2019).

Heteronormatividade: expressão que descreve a heterossexualidade como algo normal para todos os indivíduos (JESUS, 2012); define uma norma social baseada nos padrões heterossexuais, argumentando que a heterossexualidade é a única forma válida de viver a vida (REIS, 2018); considera que pessoas que não se enquadram nesse padrão estão fora da norma (JESUS, 2012).

Heterossexual: pessoa que sente atração afetiva e/ou sexual por indivíduos de gênero distinto daquele com o qual se identifica (JESUS, 2012).

Homoafetivo: termo utilizado para descrever as relações afetivas entre pessoas do mesmo gênero (REIS, 2018).

Homossexual: pessoa que sente atração afetiva e/ou sexual por indivíduos do mesmo gênero com o qual se identifica (JESUS, 2012); esse termo pode se referir a pessoas homossexuais femininas ou masculinas (REIS, 2018).

Intersexual: termo que define pessoas que nasceram com anatomia reprodutiva e/ou cromossomos que não podem ser classificados como masculinos ou femininos (REIS, 2018); conceito que abrange variações de corpos distintos daqueles tidos como homem ou mulher (JESUS, 2012).

Lésbica: pessoa do gênero feminino, seja cisgênero ou transgênero, que sente atração afetiva e/ou sexual por outros indivíduos do gênero feminino (REIS, 2018).

Minorias: a terminologia não se refere ao *quantum*; seu conceito sociológico diz respeito a grupos que não se encontram em posição de domínio na sociedade; que demandam proteção específica estatal; que sofrem opressão social; que possuem vínculo subjetivo que conecta os indivíduos pertencentes a esses grupos, de modo a exaltar um sentimento de solidariedade, com o objetivo de promover proteção à identidade cultural (CASTRO; SIQUEIRA, 2017).

Misoginia: violência dirigida a pessoas do gênero feminino, seja cisgênero ou transgênero; sofrida por pessoas que se identificam como mulheres (REIS, 2018).

Patriarcado: é definido como um sistema sociocultural baseado na inferiorização da mulher em relação ao homem, criando relações de domínio que minimizam e eliminam a participação das mulheres na esfera social (LIMA, 2019).

Pessoas trans: terminologia utilizada para abranger indivíduos transgêneros (REIS, 2018).

Queer: adjetivo utilizado para definir pessoas cuja orientação sexual ou identidade de gênero não se enquadram nos padrões heterocisnormativos (REIS, 2018); em sua tradução, significa algo excêntrico ou original (CARVALHO, 2017).

Sexismo: conceito que guarda relação com a supremacia androcêntrica; definido como um agrupamento de representações e práticas que desprezam e violentam as mulheres e tudo que diz respeito ao universo feminino; classifica as mulheres como pessoas de segunda categoria (CAETANO; CASTRO, 2018).

Sexo biológico: conceito que diz respeito às características referentes aos órgãos genitais, cromossomos, sistema reprodutor e características fisiológicas secundárias que diferenciam homem e mulher; não há gênero no sexo biológico, mas, sim, uma expectativa social de que o gênero coincida com o sexo biológico (REIS, 2018).

Sexualidade: conjunto de significados e práticas que relacionam fatores sociais, psicológicos e biológicos, guardando relação com o sexo biológico, com a identidade de gênero e com a orientação sexual (PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, 2017).

Sociedade androcêntrica: expressão que define a sociedade que mantém o homem em posição de centralidade e supremacia, de modo a perpetuar a submissão da mulher ao homem; caracteriza-se pelas responsabilidades assumidas pelo homem que naturalizam o domínio masculino em setores como a família e a política, e, conseqüentemente, na sociedade, de maneira geral (CAETANO; CASTRO, 2018).

Sodomia: o termo deriva da cidade de Sodoma, sendo uma expressão relacionada à homossexualidade como pecado; conceito surgido na tradição judaico-cristã; designa relações sexuais entre homens (BORRILLO, 2010).

Transgênero: esse termo é classificado como “guarda-chuva”, pois abrange as pessoas transexuais e as travestis, além de outras identidades de gênero não normativas (PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, 2017); o indivíduo transgênero é aquele que transita entre os gêneros; se identifica com uma

identidade de gênero que não se adequa aos padrões sociais, distinta daquela que corresponde ao seu sexo biológico (REIS, 2018).

Transexual: pessoa que não se identifica com o gênero com o qual nasceu; o significado da palavra está relacionado com a identidade do indivíduo, não guardando relação com o desejo ou a realização de cirurgia de redesignação sexual ou outros tratamentos (PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, 2017); o termo deve ser utilizado precedido das palavras “homem” ou “mulher”, a depender da identidade de gênero da pessoa (JESUS, 2012).

Travesti: o significado da palavra travesti não é um consenso na comunidade LGBTI+ (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2015); buscando uma definição mais aceita, embora não consolidada, pode-se dizer que a travesti vivencia papéis relacionados ao gênero feminino, apesar de não se reconhecer, necessariamente, como mulher ou homem, comumente sentindo-se pertencente a um “não-gênero”, ou terceiro gênero; as travestis preferem o tratamento no feminino, precedido do artigo “a” (PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO, 2017); a opção por realizar procedimentos hormonais e/ou estéticos em nada interfere no significado da palavra ou na forma como a pessoa se reconhece (REIS, 2018).

ANEXO A – TEXTO DA EMENTA DO *HABEAS CORPUS* Nº 82.424/RS

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas

na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada. (HC 82424, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524).