

## PROTEÇÃO CRIMINAL INCLUSIVA: A POSIÇÃO DO SUPREMO ENTRE A HOMOFOBIA E OS CRIMES RACIAIS

MIGUEL BORGES SANTOS BOMFIM<sup>1</sup>  
MARIA DE FÁTIMA ARAÚJO DI GREGORIO<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

Quando da criação das normais penais, o legislador federal, em que pese ficar subordinado as regras limitadoras da Constituição Federal, deve se atentar a evolução axiológica que ocorre na sociedade a fim de ponderar a necessidade de manter normas incriminadoras em vigor ou não.

Tal orientação se dá por princípio empregado ao Direito Penal denominado de princípio da adequação social, em que, analisando as regras difusas da sociedade conforme a sua evolução, dever-se-ia ponderar a existência de um tipo penal.

Há ainda que se falar sobre os estudos evolutivos ligados às ciências humanas aplicadas, sobretudo utilizando um método interdisciplinar para que, a fim de corroborar com o embasamento histórico e social para a edição de uma

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Relações Étnicas e Contemporaneidade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, Campus de Jequié - BA. Advogado. E-mail: miguel.bomfim18@gmail.com.

<sup>2</sup> Professora Titular B da linha 2 do Mestrado em Relações Étnicas e Contemporaneidade da UESB, - os estudos abrem espaços para diálogos entre etnias, família, gênero e memórias, buscando compreender como se dão os processos de produção e (re) formulação das identidades, - especialmente de mulheres que na dinâmica das relações, se reconhecem e auto definem impulsionando movimentos e formas de luta individuais ou coletivas. Docente de Disciplinas Pedagógicas da Universidade do Estado da Bahia/UNEB - Campus V e de História da Educação da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/UESB ? Campus de Jequié - onde coordena desde o ano de 2012 o GEHFTIM (Grupo de Estudos e Pesquisas Hermenêuticas sobre Famílias, Territórios, Identidades e Memórias). Doutora em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador/UCSal, Mestre em Memória Social pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro/UNIRIO, Especialista em: Planejamento pela Faculdade de Educação da Bahia/FEEBA, Análise do Discurso pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/UESB e Recursos Tecnológicos aplicados à Educação pelo IPAE/RJ. Formação em Pedagogia (FEEBA) e História (UNINTA). Participa do grupo de pesquisa de El Consejo Europeo de Investigaciones Sociales de América Latina /CEISAL, Participou de encontros científicos nas Universidades Fernando Pessoa (Portugal), Le Mirail Toulouse /França, Sevilha, Salamanca /Espanha e Santiago de Chile com investigações acerca das estampas familiares e dos processos de construção de identidades de grupos. Atualmente Coordena o Pólo 170 da UNINTA EAD (Itiruçu), faz mentorias acadêmicas para mestrandos e doutorandos de diversos programas no Brasil e Paraguai, é avaliadora de cursos superiores e Guia do Estudante MEC e estuda Direito na Faculdade de Ciências e Tecnologia/FTC Campus Jequié/BA.

lei, conceitos de outras ciências possam ajudar o legislador em seu trabalho normativo.

Malgrado o quanto afirmado, há que se dizer que, em que pese a obrigação do parlamento para a edição de normas enquanto representantes indiretos do povo com o objetivo de proteger direitos inerentes aos cidadãos, devido a influências (ocultas) pessoais, nem todos os direitos são alcançados pela lei, que, por muitas vezes, permanece omissa.

Neste momento é que deve agir o poder judiciário influenciado pelos estudos das ciências sociais, sobretudo quando da fundamentação de decisões judiciais, uma vez que podem e devem interferir suprindo omissões legislativas para a proteção e o estabelecimento do convívio em sociedade, efetivando, doravante, o Contrato Social defendido por Russel.

Desta forma, o presente trabalho buscará analisar a decisão do Mandado de injunção nº 4.733, em que o conceito de etnicidade e cor foi interpretada de forma ampla, entendendo a homossexualidade e transexualidade como relação étnica, sendo por isso, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, motivo de aplicação do crime de injúria racial, quando tal grupo sofrer desrespeito no que se refere a sua honra, está a ser protegida e amparada pela lei.

## **OS DIREITOS HUMANOS E SUA EFETIVAÇÃO POR MEIO DA LEGISLAÇÃO E OS LIMITES DA RESERVA LEGAL**

Desde a Declaração dos Direitos Humanos, muito tem se discutido sobre a efetivação de direitos fundamentais em busca da democracia, o que acaba por transparecer a carência na avaliação interdisciplinar do assunto no cenário político e social, sendo necessário através da análise das políticas governamentais, para buscar a (in)existência da efetividade no que diz respeito aos destinatários de garantias fundamentais.

Dando embasamento à essa objeção, Dirley da Cunha Jr (2013) movimentava todo o cenário de aplicação constitucional, ao dizer que a mensuração quando a democratização do Estado está – ou ao menos, ao nosso ver, deveria estar – fundamentada enquanto se busca proteger tais garantias.

Tal argumento sugere que o Estado – seja ele na figura dos governantes ou

na figura do Judiciário – deve buscar alcançar a equidade por todas as suas condutas, respeitando, entretanto, os limites constitucionais impostos nos incisos o artigo retromencionado.

Na decisão<sup>3</sup> pela corte constitucional quanto a adequação as condutas homofóbicas e transfóbicas como forma de injúria racial – conduta esta que será mais afrente explicada – foi mencionado no voto do Eminente Ministro Marco Aurélio a atuação da constituição no intuito de encobrir, ou melhor, sobrepor as omissões do legislador, quando este se omite quanto a lesão de direitos, e nada faz para buscar a proteção dos mesmos, *in verbis*:

*A razão é singela: o constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é mais compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que lhe guarda.*

*A inoperância do texto constitucional é situação a ser combatida, ante o apelo do cidadão em tal sentido e a prova da mora injustificável por parte do legislador ou do Chefe do Executivo. Não é admissível transformar a Lei Maior em um “sino sem badalo”, na dicção do professor José Carlos Barbosa Moreira, sob pena de ter-se o prejuízo à força normativa do texto constitucional e a perda de legitimidade do Judiciário. (MI 4733/DF – STF).*

Assim, vemos que a busca pelo Estado para a proteção de direitos, deve extrapolar o mero positivismo textual da carta constitucional uma vez que a hermenêutica jurisdicional, apresentada pelas decisões do judiciário, precisa traduzir a norma no sentido de ampliar proteções quando da omissão do legislador.

Contudo, mesmo que haja a necessidade de um país democrático insistir na proteção dos Direitos Humanos previstos na Carta Magna de 1988 e até mesmo em legislações infraconstitucionais, há que se notar a necessidade exposta no mesmo documento quanto existência de lei anterior para que determinado fato seja considerado crime, senão vejamos:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (BRASIL, 1988).*

É justamente por isso que o olhar deve ser cuidadoso quanto a necessidade da anterioridade da lei, uma vez que uma infração penal somente existirá após

---

<sup>3</sup> Mandado de injunção nº 4733/DF.

uma lei federal tipificar um fato como crime, entabulando então o princípio constitucional penal da reserva legal e anterioridade normativa (CUNHA, 2017).

## **A INCLUSÃO DA HOMOFBOA E TRANSFORBIA COMO INJÚRIA RACIAL. CONCEITO DE COR E RAÇA**

A discussão quanto a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas alcançou o que se esperava no sentido de proibição de criação de conduta criminosa por meio de analogia (ROXIN, 1997), quando se buscaria então aplicar a lei número 7.716/89 que trata dos crimes de racismo, assim como o crime de injúria racial tipificado no artigo 140, §3º do código Penal (BRASIL, 1940), a condutas comissivas preconceituosas envolvendo identidade de gênero e a orientação sexual.

Contudo, antes mesmo de adentrarmos a questão criminal da homofobia e transfobia, resta esclarecer quanto à definição empregada à orientação sexual e a Identidade de gênero. A esse gosto, Jaqueline de Jesus (2014) discorre quanto os termos a fim de traçar ideia ao interlocutor em razão a conceituação dos mesmos.

A Orientação Sexual, por exemplo, é classificada pela autora como a atração sexual sentida, ou seja, a orientação sexual liga-se com o desejo sexual, e até mesmo sentimental, do indivíduo em relação a agentes do mesmo sexo, do sexo oposto ou dos dois sexos, informação que define a pessoa como homossexual, heterossexual ou bissexual, etc.

Em outro diapasão, Jaqueline Jesus (2014) trata sobre a identidade de gênero, qual seja, a desmistificação do sexo binário – na qual o masculino somente deveria ser representado pelo pênis, e o feminino pela vulva, já que a genitália seria a única forma de definir o sexo (biológico) – isto porque a identidade de gênero se associa ao fato de como o agente se reconhece perante a sociedade, levando em consideração, também, o aspecto psicológico, e não somente, o biológico, sendo por isso, o gênero, uma construção social.

Neste ponto fica claro a definição dos termos e, em análise conjunta, o contexto social, sendo possível perceber o que é imposto pelo positivismo social enquanto “normalidade”, momento em que qualquer ato, conduta ou estilo e vida diverso do que a normatividade branca, machista e heteronormativa dita como

regra, será entendido então como *outsider*, inimigo de uma sociedade, em tese, equilibrada (GOFFMAN, 1988).

Destarte, esta situação ocorre devido ao poder estigmatizante que a sociedade possui, tomando características de algumas pessoas de um grupo estigmatizado, e aplicando a todos que dele façam parte, seja pela cor da pele, nacionalidade, posição política ou até orientação sexual e identidade de gênero, é inclusive o que o texto do artigo 140, §3º do Código Penal traduz, senão vejamos:

*Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...) § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência (BRASIL, 1940).*

Percebemos pelo texto da norma esculpida acima que, em que pese posições trazidas por Goffman (1988) como posturas, em tese, aptas a estarem estigmatizadas, não se inclui, ao menor no texto da lei, atos de homofobia e transfobia, estes que até a decisão do Supremo Tribunal Federal no ano de 2019 não eram criminalizados, o que mudou com a decisão do citado tribunal, estendendo o conceito de cor e raça até alcançar a orientação e a identidade de gênero que vinha sofrendo violências devido a um padrão ligado a heteronormatividade.

Tal postura assume então conduta ofensiva à honra e até mesmo à direitos humanos o que, outrora, após o poder constituinte que promulgou a Constituição de 1988, passou a ser definida como crime, seja pela lei que criminaliza condutas racistas seja pelo código penal alterado pela lei número 10.741 de 2003 ao prevê o crime de injúria racial, onde no primeiro tínhamos um crime contra a coletividade, e o segundo a honra subjetiva de um indivíduo ofendido por razões, no caso da modalidade qualificada da injúria, de sua cor, raça, religião, etnia e/ou procedência nacional (BRASIL, 1940).

## **AUSENCIA DE ANALOGIA, MAS SIM INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CONCEITO DE COR E RAÇA NO VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN**

A criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas não poderia ter sido efetivada se fosse utilizado o método de analogia, vez que tal analogia feriria o preceito constitucionais de que somente a lei poderá criar o crime, e esta lei

somente será aplicada às condutas tipicamente previstas que tiverem ocorrido após a sua entrada em vigor (ROXIN, 1997).

Foi por isso mesmo que o Excelentíssimo Ministro do STF, Edson Fachin, quando de seu voto ressaltou a necessidade da análise de 05(cinco) premissas para fundamentar o seu voto, em que em todas elas foram abarcadas em Direitos Fundamentais previstas no ordenamento nacional assim como internacional, além de trazer dados, mais especificamente na quinta premissa, quanto as bases a ser utilizada como fundamentação da criminalização para a proteção das pessoas.

Há que se dizer que em seu voto, o Relator afirmou a existência de uma omissão legislativa, o que o fez demonstrar a necessidade da inclusão no rol das figuras criminalizadas, a homofobia e a transfobia, como é possível, inclusive, se vê em seu voto, vejamos:

*“As informações trazidas pelos amici curiae e pela própria impetrante dão conta de possíveis violações de seus direitos, inobstante a previsão constitucional garantir-lhes efetiva proteção, desde o texto original de 1988. A imputação da mora legislativa é ainda mais grave caso se tenha em conta as recorrentes notícias de violações dos direitos das pessoas gays lésbicas, bissexuais, trans e intersex no Brasil. De acordo com o Relatório Violência contra Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersex nas Américas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Brasil é o país onde mais ocorreram relatos de violência contra a população LGBTI (...)” (STF MI nº 4733/DF).*

Dessa forma, diante de toda violência sofrida pela população LGBTI, o Supremo Tribunal Federal, conforme o voto do Ministro Relator do Mandado de injunção nº 4733/DF, acabou se embasar na retórica constitucional de equidade, devendo, para tanto, o entendimento de preconceito racial ser estendido para assuntos ligados à Homofobia e Transfobia, com base na interpretação da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão fora compreendido o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor existência enquanto a existência da pessoa sendo ela mesma, sem que fosse objetivada ou coisificada. Isso porque o mínimo para a garantia dos requisitos existenciais na vida deveria ser o reconhecimento das pessoas como elas próprias. (SARMENTO, 2016).

Por este motivo, em que pese a própria constituição Federal exigir lei anterior definindo conduta criminosas como crime, em prol do bem maior que é a

dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), o STF em efetivo exercício jurisdicional estendeu então as tipificações criminosas da lei número 7.716/89 acrescentando ao rol de bens jurídicos tutelados (cor, raça, religião, etnia e procedência nacional), a orientação sexual e a identidade de gênero.

## CONCLUSÕES

Diante de tudo quanto exposto, e devido a análise do Mandado de Injução nº 4733/DF, fica claro que devido o patriarcado e a heteronormatividade presente de forma saturada no Congresso Nacional do Brasil, acabou por fazer existir omissão legislativa, no sentido de que, em que pese as diversas divulgações das condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e a identidade de gênero, deixou de editar ou até mesmo propor lei para a proteção desses bens jurídicos.

Ademais, a atuação do Supremo beirou a linha tênue do ativismo judicial – que ocorre como o magistrado adota posicionamento no intuito de legislar por meio de suas decisões – ao estender o entendimento de racismo para as condutas de homofobia e transfobia, com o enfoque em discussões internacionais e nacionais, sobretudo na análise de marcadores de violência apresentados ao longo do processo.

Ao nosso ver, a necessidade da hermenêutica inclusiva e interpretativa, adotada pelo Tribunal Superior Constitucional, acabou por ser necessária, abrindo precedente de controle do poder legislativo que, diante de interesses ocultos, deixa de editar normas que alcancem a minoria que por vezes não possui voz sem, ao nosso ver, afrontar a necessidade de lei escrita e certa e anterior para a criminalização da conduta.

Por derradeiro, ainda que se tenha sido considerado como vitória tal entendimento extensivo, os cuidados do Estado para evitar o emprego do mero simbolismo da decisão precisa ser chamado atenção, a fim de levar, além da criminalização da conduta, a educação e o conhecimento para a população, a fim de evitar a estigmatização.

## REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional** – 7ª edição – Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 5. Ed. Ver., ampl. E atual. – Salvador: JusPODVIM, 2017. P. 173.

DE JESUS, Jaqueline Gomes – **Transfeminismo: teorias e práticas...** [ET AL.], - 1, Ed. – Rio de Janeiro: Metanoia, 2014. 206 p.; 11.;23 cm

GOFFMAN Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito**, 1997, p. 140

Cunha, D. F. S. (2014). **Da Legitimidade Dos Juízes Como Necessidade Democrática.** Revista Jurídica Da FA7, 11(1), 37-45. <https://doi.org/10.24067/rjfa7;11.1:71>

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 92.