

JUSTIÇA & CIDADANIA

PREVIDÊNCIA

**JURISTAS DEBATEM A
REFORMA**

ASSÉDIO MORAL

**JUSTIÇA DO TRABALHO
LANÇA CAMPANHA INTERNA**

MAGISTRATURA QUE QUEREMOS

**PERFIL DOS JUÍZES
BRASILEIROS EM DEBATE**



**“JUIZ NÃO É HERÓI,
É SERVIDOR PÚBLICO”**

PRESIDENTE DO TJRJ, DESEMBARGADOR CLÁUDIO DE MELLO TAVARES, COMENTA
EM SEMINÁRIO E ENTREVISTA O PAPEL DOS MAGISTRADOS NA DEMOCRACIA



Foto: Rosinei Coutinho/SCO/STF

PELA CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA

PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI

Advogado

Transcreve-se aqui os melhores momentos da sustentação oral do advogado e professor, autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (ADO 26) e impetrante do mandado de injunção n.º 4.733 (MI 4.733), durante a primeira etapa do julgamento da "Criminalização da homofobia", realizada em 13 de fevereiro de 2019 no Supremo Tribunal Federal (STF).

(...) Pleiteia-se o reconhecimento do dever constitucional do Congresso em criminalizar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. É o que as ações explicam ao se referir à homofobia e à transfobia, a partir de duas ordens expressas de legislar: o dever de criminalizar todas as formas de racismo e, subsidiariamente, não entendida a homotransfobia como racismo, o dever de entendê-las como discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, às quais o art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal determina punição. Nessa segunda hipótese, é inconteste que a homofobia e a transfobia se enquadram nos direitos à livre orientação sexual e à identidade de gênero.

Os eminentes juristas e entidades no processo, como Senado e Câmara, que negam a existência de ordem de legislar sobre a homotransfobia, convenientemente ignoram o art. 5º, inciso XLI. Como se pode dizer que a homofobia e a transfobia não são discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais? Não explicaram no processo, com todas as vênias. Esse dispositivo está no coração penal do art. 5º, um argumento topológico. (...)

O Direito Penal Mínimo exige a criminalização da homotransfobia. É um critério qualitativo sobre o que pode ser crime, não quantitativo, de quantidade de leis penais. Pode haver em tese mil leis penais e todas atenderem ao minimalismo. Os critérios são a ofensa a bem jurídico relevante, no sentido de indispensável à vida em sociedade, e a *ultima ratio*. O bem jurídico penal é a tolerância, e vejam, estou abaixo do "respeito", que é tratar com igual. Ao tolerar, você até entende o outro como "inferior", não o aceita, mas ao menos não o ofende, não o discrimina, não o agride, não o mata. O Direito Civil pode impor o respeito, o Direito Penal pode e deve impor a tolerância como indispensável à vida em sociedade.

Sobre o requisito da *ultima ratio*, os poucos entes federativos que possuem leis administrativas anti-discriminatórias, como São Paulo e sua Lei nº 10.948/2001, não conseguem coibir a LGBTIfobia de maneira eficiente. Com isso não quero cair no erro da direita, de achar que a criminalização é a panaceia de todos os males, que a mera criminalização resolve o problema social, mas também não incorro no erro de parte das esquerdas progressistas, que acham que a criminalização de condutas não serve para nada. Uso contra os dois lados os casos do homicídio e do estupro. Embora criminalizadas, são condutas nefastamente ainda praticadas, mas muitas pessoas não praticam homicídio e estupro porque são crimes. O odioso caso de anos atrás, do cidadão que pediu uma "marcha de legalização do estupro", após o Supremo permitir a marcha de legalização da maconha, não me deixa mentir. A diferença gritante entre os casos me faz não ter que explicar porque uma é possível e a outra não. Para a parte relevante da doutrina, o atendimento dos pressupostos do Direito Penal Mínimo torna a criminalização condicionalmente obrigatória, é a doutrina dos mandados de criminalização implícitos. (...)

A Constituição diz que cabe mandado de injunção sempre que a ausência de norma regulamentadora inviabilizar direitos, liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à cidadania. A inspiração do mandado de injunção é a doutrina de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, que foi relator da comissão de juristas do projeto do novo Código Penal, e que em sua obra sobre mandados expresso de criminalização diz, muito bem, que quando a criminalização é constitucionalmente obrigatória ela se torna uma prerrogativa da cidadania. A ordem de criminalizar não é um amesquinamento de direitos fundamentais de quem vai ter conduta criminalizada, é um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais e direitos humanos do grupo a ser protegido.

A Constituição exige a criminalização do racismo e da violência doméstica para proteger os grupos raciais minoritários e a mulher. Entendendo-se que a Constituição exige a criminalização da homotransfobia, ela o faz para proteger a população LGBTI em seus direitos fundamentais. Liberdade, em seu sentido liberal, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pós-Revolução Francesa, permite fazer o que bem se quiser, vírgula, desde que não se prejudique terceiros. Discursos de ódio, ofensas e discriminações a terceiros, prejudicam esses terceiros, não estão no âmbito de proteção do direito à liberdade nem da liberdade de expressão. A Suprema Corte dos EUA é a única que diz o contrário. Este Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Europeia, todos repudiam o discurso de ódio e é isso o que se quer criminalizar.

A Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), que falará depois, afirma em seu memorial que a criminalização da homofobia geraria prejuízo à liberdade religiosa. Discordo veementemente. Ninguém quer prender padres e pastores por dizerem que a homossexualidade, ou seja lá o que for, é "pecado". De maneira nenhuma. Somos contra o discurso de ódio. Quando despachei, anos atrás, em audiência com o eminente Ministro Luís Roberto Barroso, citei exemplo que sempre uso. Se vou ao padre ou ao pastor e digo 'sou gay' e ele me disser, de maneira respeitosa, que na visão dele 'a Bíblia condena' e que se eu não mudar os meus atos 'não irei ao Reino dos Céus ou irei ao Inferno', concordamos em discordar. (...) Mas se vou ao padre e ele diz 'sodomita sujo, saia daqui!', isso obvia-



Ao microfone o decano do Supremo, Ministro Celso de Mello, relator das ações que pedem a criminalização da homofobia e da transfobia

mente é um abuso do direito da liberdade de expressão, um claro *animus injuriandi*, que a jurisprudência diz que é requisito para um discurso ser considerado ilícito¹. Não queremos criminalizar a liberdade religiosa de ninguém, dentro ou fora da igreja, mas não queremos que a igreja seja âmbito de discursos de ódio.

Na petição inicial, cito decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que declarou constitucional uma condenação em que, na defesa, o acusado alegou liberdade religiosa para um panfleto que vinculava a homossexualidade à pedofilia. Com todas as vênias, isso é discurso de ódio e injúria, não é liberdade de expressão. A tipicidade material do Direito Penal é mais do que suficiente para a proteção de pessoas religiosas. Se a conduta for enquadrada como liberdade religiosa, mesmo no silogismo da lei penal, não será criminalizada por um conceito material de tipicidade, de punibilidade. A doutrina penal é pacífica nesse sentido.

É prerrogativa da cidadania das minorias sexuais e de gênero, da população LGBTI, a criminalização da opressão que sofrem pela verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico que nos assola. Falo banalidade do mal no sentido empregado por Hannah Arendt, de que são pessoas ditas "normais", "de bem", não "monstros inomináveis nazistas" que cometem atos horrendos, mas pessoas que convivem normalmente em sociedade e que, de repente, se sentem no pseudo "direito" de agredir, ofender, discriminar e até matar pessoas LGBTI pelo simples fato de não serem como os heterossexuais ou os cisgêneros. Temos casos de heterossexuais sendo vítimas de homofobia e cisgêneros de transfobia. Anos atrás, pai e filho, em um caso, e dois irmãos gêmeos, em outro, foram agredidos porque estavam abraçados e foram confundidos com casais homoafetivos. O pai perdeu metade da orelha e um dos irmãos gêmeos foi morto pelas agressões. Ano passado, uma mulher cisgênero que tinha câncer

e estava careca foi confundida com uma pessoa transexual e foi ofendida. Olha o nível da ideologia de gênero heteronormativa e cisnormativa. Existe ideologia de gênero sim, mas aquela que impõe a heterossexualidade e a cisgeneralidade de maneira obrigatória, que pune simbólica e fisicamente aquele que ousa viver sua vida de outra forma.

Ninguém escolhe ser homo, hétero ou bissexual em termos de orientação sexual, travesti, trans ou cis em termos de identidade de gênero. As pessoas se descobrem, de uma forma ou de outra, mas ainda que fosse uma "opção", seria uma opção muito digna e válida de ser vivida, um exercício de liberdade que não prejudica ninguém. Isso precisa ser reiterado, pois a banalidade do mal homotransfóbico ganhou exemplos paradigmáticos ano passado, durante o período eleitoral. Tivemos casos de um homossexual e de um negro assassinados, com todas as vênias, por eleitores do Presidente Jair Bolsonaro. (...)

Não me levem a mal, não quero fazer discurso político contra o presidente, mas entendo que estes fatos justificam a invocação da função contramajoritária desta Suprema Corte, como tribunal constitucional, na condicional na defesa de minorias e grupos vulneráveis, e também nas funções representativa e iluminista, com o primor defendido pelo Ministro Luís Roberto Barroso na doutrina.

Porque a jurisdição constitucional, seja como se nomeie suas funções, se legitima quando há alguma inconstitucionalidade envolvida. Já mostrei uma série de situações de proteção insuficiente, de opressão a um grupo vulnerável, que justificam a atuação desta Suprema Corte neste sentido, para proteger, concretizar deveres do Estado na proteção da população LGBTI. (...)

Homotransfobia como crime de racismo, que o eminente Ministro Celso de Mello (leia o voto na edição nº 225 da Revista JC²) (anotou) em seu relatório, ajuda muito na explicação do que as petições iniciais alegam e os pareceres da Procuradoria-Geral da República referendam. O Supremo, no famoso Caso Ellwanger, decidiu que o antissemitismo é espécie de racismo, na acepção político-social e não biológica do termo. Embora a discriminação por religião já fosse crime, o Supremo entendeu que o antissemitismo é uma discriminação por raça, porque quando o caso chegou ao Supremo, o senhor Ellwanger alegou que seria crime de "discriminação não-racista" e por isso estaria prescrito – foi voto vencido do Ministro Moreira Alves, inclusive. O Supremo por maioria reconheceu o antissemitismo como crime de discriminação por raça, para puxar a imprescritibilidade da Constituição. A maioria do STF, reconhecendo que a Lei Antirracismo e a Constituição, no art. 3º inciso IV, falaram em "raça" e "cor" em palavras diferentes, donde, a partir da máxima hermenêutica pela qual a lei não possui palavras inúteis, não se pode considerar "raça" e "racismo" apenas pelo critério fenotípico, de cor de pele. Enquadrou o antissemitismo como discriminação por raça, tendo como *ratio decidendi* o fato do Projeto Genoma ter acabado com a crença de que a humanidade seria formada por raças biologicamente distintas entre si. Para o racismo não virar "crime impossível", pela unicidade biológica da raça humana, o Supremo abandonou de vez o conceito biológico e adotou o conceito político social: racismo como a inferiorização de um grupo social relativamente a outro.

Se este é o conceito constitucional de racismo, acredito que a homofobia e a transfobia se configuram como crime de racismo. Você inferioriza às pessoas LGBTI relativamente à heterossexuais cisgênero. O heterossexismo e o cissexismo são ideologias racistas, que visam classificar o outro como desigual, inferior, estigmatizá-lo a partir de estereótipos negativos e naturalizar o grupo hegemônico como único natural. Proponho, inclusive, que como requisitos para que essa inferiorização de grupos seja considerada racista, se restrinja ainda mais o conceito, para que só ocorra em discriminações estruturais, sistemáticas, institucionais e históricas, justamente para que "qualquer coisa" não possa ser considerada racismo. (...)

Não se pode hierarquizar opressões. Se outras operações contra grupos vulneráveis são criminalizadas, a opressão contra pessoas LGBTI tem que ser criminalizada da mesma forma. Esse

é o sentido do direito à igual proteção penal invocado na petição inicial. (...)

Esse raciocínio não supõe analogia in *malam partem*: se o conceito de racismo é político e social, ele abarca a homotransfobia. Tivemos a teoria da degeneração racial para oprimir negros e tivemos a teoria da degeneração sexual para oprimir pessoas LGBTI. A interpretação declarativa do crime de discriminação por raça do art. 20 da Lei nº 7.716/1989 – que fala em "praticar, induzir ou incitar o preconceito, a discriminação por raça, cor, etnia, procedência nacional e religião" – justifica o entendimento da homotransfobia como racismo. Estamos no limite do teor literal. Claus Roxin, um dos maiores criminalistas vivos, afirma que o limite do teor literal é o único limite da interpretação penal criminalizadora. Estamos dentro da moldura normativa de que falava Kelsen. Minha interpretação não é por "ato arbitrário de vontade", mas feita a partir de conceitos do STF, que é referendado pela literatura negra antirracismo. (...)

É dito por vezes que a discriminação contra negros e contra LGBTIs têm especificidades. Sim, têm, mas a Lei Antirracismo fala em cor, etnia, procedência nacional e religião. (...) "Discriminação contra negros" e "discriminação contra índios" têm especificidades, "discriminação contra negros pobres" e "contra negros ricos" têm especificidades também. Isso não afasta o fato de que ambas configuram racismo. A questão é que temos um conceito abstrato de racismo afirmado pelo Supremo e todas as opressões que se enquadrarem neste conceito serão espécies de racismo. Hoje, o racismo é gênero do qual negrofobia, xenofobia, etnofobia e religiofobias são espécies. Entende-se que a homofobia e a transfobia também devem se enquadrar no conceito de discriminação por "raça", conceito valorativo da lei penal. É hegemônico no mundo, críticas doutrinárias à parte, que se possa criminalizar condutas por conceitos valorativos, desde que não haja, na terminologia alemã, vagueza intolerável.



Paulo Roberto Iotti Vecchiatti

Não me parece que o conceito de “raça”, nessa acepção afirmada pelo Supremo e pela doutrina, ainda mais se acolhidos os requisitos estruturais sistemáticos institucionais históricos que proponho, seja conceito intoleravelmente vago, com todas as vênias.

O pedido se pauta no precedente do Supremo. A Primeira Turma rejeitou uma vez essa tese em um caso. Quatro ministros disseram simplesmente que a orientação sexual não está na Lei Antirracismo. O Ministro Fux foi o único que tentou enfrentar o argumento, disse que não se poderia considerar homossexuais uma raça, porque isso seria desigualar, e o intuito da decisão da união homoafetiva na ADPF 132 foi igualar. Respondo a isso com dois fundamentos. Primeiro, vinculação a precedentes, do qual o Ministro Fux é um dos grandes defensores no Brasil: o Supremo tem um conceito de racismo no qual a homotransfobia se enquadra. O respeito ao próprio precedente que o art. 926 do CPC exige ao impor coerência e integridade da jurisprudência, demanda entender a homotransfobia como racismo. Tenho também um argumento material, substantivo: não somos nós LGBTI que nos consideramos uma raça apartada, merecedora de privilégios, como nos criticam de maneira arbitrária, são os homotransfóbicos que nos consideram uma raça mal-dita a ser exterminada. (...)

Se o Supremo decidir de maneira incoerente com seus precedentes, não considerando homotransfobia como racismo, então deve considerá-la como discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais e declarar a mora inconstitucional nesse sentido.

Embora os poderes políticos protestem, conforme o relatório demonstrou, o Supremo já fixou prazo para o Congresso legislar, mesmo com projetos de lei tramitando. O Supremo já afirmou várias vezes que a mera tramitação de projetos de lei não afasta a mora inconstitucional. A Constituição quer que a lei seja aprovada, não que ela fique 90 anos sendo debatida no Parlamento. Debates pelo menos desde 2001 a homofobia e a transfobia no Congresso Nacional.

Quero deixar claro para o Supremo: ao entender a homofobia e a transfobia como racismo, ele está em uma interpretação literal, não extensiva nem analógica. Para criminalizar de outra forma, teria que exercer função legislativa atípica. (...) A separação de poderes confere ao Congresso o poder de concretizar a Constituição, não de inviabilizar a Constituição. O Professor Dirley da Cunha invoca a interpretação teleológica: a Constituição presume que o Congresso vai cumprir a ordem do Supremo de legislar, mas se a Constituição ordena que o Congresso legisle e ele não legisla, cabe ao Supremo criar norma geral e abstrata. Isso não viola a separação de poderes, é o núcleo essencial do sistema de freios e contrapesos. O Supremo controla a omissão inconstitucional normatizando o tema, provisoriamente. Marinoni, Mitidiero e outros defendem isso. No dia seguinte, o Congresso controla a atuação normativa do Supremo criando a lei, porque tudo o que ele não pode é não legislar, por estarmos em hipótese de imposição constitucional legiferante. A declaração de inconstitucionalidade visa retirar a situação Inconstitucional do mundo jurídico. (...)

Confira a sustentação oral expandida na versão digital da Revista: www.editorajc.com.br



NOTAS

1 Cite-se, v.g., decisões do STF e do STJ: “A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, para a incidência dos tipos penais referentes à calúnia, à difamação e à injúria, o mero *animus narrandi* não configura o dolo imprescindível à configuração de tais delitos. RHC 81.750/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 09-08-2007” (STF, Pet 5735/DF, 01ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13/09/2017); “Nos delitos contra a honra, é necessário, além do dolo, o propósito de ofender (*animus*) que inexistente se ocorre mero *animus narrandi*” (STJ, REsp 118.417/DF, 05ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 25/02/1997, p. 97).

2 <https://www.editorajc.com.br/uma-observacao-final-o-significado-da-defesa-da-constituicao-pelo-supremo-tribunal-federal/>