

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

DANIELA SILVA FONTOURA DE BARCELLOS

RENATO DURO DIAS

SILVANA BELINE TAVARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

G326

Gênero, sexualidades e direito II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Silva Fontoura de Barcellos; Renato Duro Dias; Silvana Beline Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-467-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Gênero. 3. Sexualidades. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO II

Apresentação

O GT Gênero, Sexualidades e Direito II do V Encontro Virtual do CONPEDI recebeu um conjunto significativo de investigações com pertinentes temáticas relacionadas ao campo de discussão, produzindo diálogos entre pesquisadoras/es/os das mais variadas instituições do país, fortalecendo a interdisciplinaridade, que é tão relevante para as pesquisas sobre gênero, sexualidades, direito e teorias de justiça.

O artigo "O HABITUS DO PATRIARCADO E A INVISIBILIDADE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MEIO RURAL" de Jucineia De Medeiros Hahn, debateu a partir de Bourdieu a situação da violência contra a mulher no contexto do meio rural. "A QUESTÃO DO GÊNERO NA CRISE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA" de Amanda Mendes Gimenes, discutiu os desafios para a democracia brasileira relativos às questões de gênero. Em "A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO QUESTÃO INTERPRETATIVA: REFLEXOS PRÁTICOS DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", Karine Sandes de Sousa, Cassius Guimaraes Chai e Monique Leray Costa investigaram, com foco em decisões do STF, a criminalização da homotransfobia e as suas repercussões. Intitulado "A TRANSGRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO ENTRE O DESEMPREGO E A MARGINALIZAÇÃO DE PESSOAS TRANSGÊNEROS", de Leila Gomes Gaya, produziu reflexões sobre as relações de precariedade e desemprego de pessoas trans.

Em "A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NA HISTÓRIA E OS IMPACTOS EM TEMPOS DA PANDEMIA DO COVID-19: MEIOS DE PREVENÇÃO E PROTEÇÃO" Cyro José Jacometti Silva, Cláudia Helena do Vale Pascoal Rodrigues e André Luiz Floriano dialogaram sobre o aumento do número de casos de violência contra mulher no âmbito familiar em razão da pandemia. "O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA E A SUA REPERCUSSÃO UMA DÉCADA APÓS A LEGALIZAÇÃO OU APÓS A APROVAÇÃO DA ADPF Nº 54" foi a pesquisa de Fernanda Lavinia Birck Schubert e Patrick Costa Meneghetti, em que se problematizou a temática do aborto, especialmente seus desafios. O artigo "A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO AMAZONAS PARA O FORTALECIMENTO DA REDE DE ATENDIMENTO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NA CIDADE

DE MANAUS" de Luciana se Souza Ramos e Danielle Soares da Costa apresentou estudo empírico sobre atuação da Defensoria Pública do Amazonas referente à temática da violência contra a mulher.

Em a "DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM JOHN RAWLS, DIREITO E GÊNERO" Fernando De Brito Alves e João Henrique Dias de Conti discutem a luz da teoria de justiça de Rawls a possibilidade de desobediência civil. A investigação intitulada "A OCULTAÇÃO CULTURAL NA AMAZÔNIA DO TRABALHO DOMÉSTICO INDIGNO E INVISIBILIDADE DE VIDAS FEMININAS, AS "CRIAS DE FAMÍLIA"" de Camila Lourinho Bouth e Valena Jacob Chaves Mesquita debateu instigante estudo sobre as "crias de família" e a vida indigna de mulheres no âmbito do trabalho doméstico. Em "IGUALDADE DE GÊNERO: DISCRIMINAÇÃO POSITIVA NO PODER JUDICIÁRIO PARA ASSEGURAR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS HUMANO E DEMOCRÁTICO", Andréa Arruda Vaz, Sandra Mara De Oliveira Dias e Silmara Aparecida de Lima discutiram a não representatividade e paridade de gênero nos sistemas de justiça brasileiro.

A pesquisa "LEI MARIA DA PENHA E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA: VULNERABILIZAÇÃO, VIOLÊNCIA SIMBÓLICA E PESSOAS LGBTQI+" problematizou e sustentou a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para população LGBTQI+, o texto era de autoria de Thiago Augusto Galeão De Azevedo e Lorena Araujo Matos. ESTUPRO, CASAMENTO E VIOLÊNCIA PATRIARCAL: O DISCURSO JUDICIAL COMO PROTAGONISTA DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO de Adriana Ramos de Mello e Bruna Tafarelo. Em "CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EM ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO QUE VERSEM SOBRE A VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OU FAMILIAR" de Artenira da Silva e Silva, Cláudio Guida De Sousa e Ítalo Viegas da Silva, debateu o controle de convencionalidade para casos de violência contra a mulher, a análise foi feita mediante pesquisa no TJ do Maranhão. A pesquisa intitulada "DAS ORIGENS DO PATRIARCADO AO SURGIMENTO DO MOVIMENTO FEMINISTA: A CONSCIENTIZAÇÃO DA MULHER E A QUEBRA DE ESTEREÓTIPOS MACHISTAS" de Lorna Beatriz Negreiros de Araújo problematizou o conceito de patriarcado a partir dos movimentos feministas.

O artigo "MODELO ECOLÓGICO, TEORIA DA DESORGANIZAÇÃO SOCIAL, PATRIARCADO E QUESTÕES DE GÊNERO COMO FATORES ETIOLÓGICOS DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES "de Amanda Tavares Borges e Priscila Mara Garcia Cardoso discutiu um modelo ecológico como mecanismo de análise metodológica para as questões de gênero. "A AUTODETERMINAÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO

O DIREITO DE “SER QUEM É” E A ANTINOMIA DOS ESTERÉOTIPOS SOCIAIS” de Irineu Rodrigues Almeida e Fabrício Veiga Costa abordou as multiplicadas de vida. partir do reconhecimento às identidades plurais. Em "IDENTIDADE DE GÊNERO E CIDADANIA LGBTI: O ACESSO À CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL POR PESSOAS TRANSGÊNERAS", Denise Tanaka dos Santos revelou a importância do acesso à saúde pública, no que diz respeito às. cirurgias de redesignação sexual. E, o GT, finalizou com o artigo "A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO CONCEITO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO ÀS SEXUALIDADES À LUZ DA TEORIA DE NANCY FRASER", em que a autora e autor, Amanda Netto Brum e Renato Duro Dias, discutiram o direito às sexualidades com base na teoria de Nancy Fraser.

Cabe ressaltar que as questões aqui suscitadas demonstram a grandeza das produções de cada autor e autora em relação às complexidades dos estudos de gênero. Sugerimos então a leitura de cada um deles, na certeza de que contribuirão para o crescimento intelectual de todas, todos e todes.

Coordenadoras e Coordenador

Daniela Silva Fontoura de Barcellos - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Renato Duro Dias - Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Silvana Beline Tavares - Universidade Federal de Goiás (UFG)

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA COMO QUESTÃO INTERPRETATIVA: REFLEXOS PRÁTICOS DO JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CRIMINALIZATION OF HOMOPHOBIA AND TRANSPHOBIA AS AN INTERPRETATIVE ISSUE: PRACTICAL REFLECTIONS OF THE JUDGMENT OF THE SUPREME FEDERAL COURT

**Karine Sandes de Sousa
Cassius Guimaraes Chai
Monique Leray Costa**

Resumo

O presente trabalho tem como objeto de estudo a aplicação prática da criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal. Problematiza-se a aplicação prática da tese firmada pelo STF sobre crime de homofobia. A hipótese apresentada é a de que a tese firmada pelo STF fundamenta a criminalização de condutas discriminatórias em razão da orientação sexual e identidade de gênero, servindo como uma questão de interpretação, e não um novo tipo penal. A pesquisa foi realizada por meio do método de abordagem indutivo, com pesquisa teórica e descritiva.

Palavras-chave: Criminalização da homofobia, Criminalização da transfobia, Supremo tribunal federal, Aplicação prática, Questão interpretativa

Abstract/Resumen/Résumé

The present work has as its object of study the practical application of the criminalization of homophobia and transphobia by the Federal Supreme Court. The practical application of the thesis signed by the STF on the crime of homophobia is problematized. The hypothesis presented is that the thesis established by the STF justifies the legal criminalization of discriminatory conduct due to sexual orientation and gender identity, serving as a matter of interpretation, and not a new criminal offense under decision-making ruling. The research was carried out using the inductive approach method, with theoretical and descriptive research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminalization of homophobia, Criminalization of transphobia, Federal court of justice, Practical application, Interpretative issue

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a criminalização da homofobia e da transfobia pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, com a relatoria do Ministro Celso de Mello, juntamente com o Mandado de Injunção (MI) nº 4733, com relatoria do Ministro Edson Fachin, com foco na análise da aplicação concreta da tese firmada pelo STF.

Os Relatores de ambas as ações enfatizaram em seus votos a absoluta incompatibilidade de atos discriminatórios em razão da orientação sexual e identidade de gênero com o regime do Estado Democrático de Direito. O fundamento dos votos, portanto, foi na imprescindibilidade de concretizar, por meio de mandado constitucional, Garantias e Direitos Constitucionais aos membros do grupo LGBTQUIA+.

No entanto, as decisões do STF são, constantemente, alvo de críticas diante da impossibilidade deste Tribunal de tipificar novos delitos e cominar sanções no Direito Penal Brasileiro, bem como diante da existência do princípio da legalidade estrita constante no art. 1º, do Código Penal Brasileiro.

Desta feita, o problema ao qual se pretende obter uma resposta satisfatória diz respeito a como tem se dado a aplicação prática da tese firmada pelo STF acerca da criminalização da homofobia e transfobia? Bem como a respeito da suposta criação de nova conduta tipificada, o STF de fato tipificou uma nova conduta? – Ou seja, se a aplicação prática da tese firmada pelo STF sobre crime de homofobia, especialmente quanto a suposta tipificação jurisprudencial pelo STF é em si uma ruptura e um descumprimento ao princípio *nullum crimen sine lege*.

Dito de modo mais direto, a hipótese apresentada é a de que a tese firmada pelo STF fundamenta a criminalização de *condutas discriminatórias* em razão da *orientação sexual e identidade de gênero*, reconhecendo sentidos exemplificativos à carga semântica ao verbete *racismo*, servindo como uma questão de interpretação, e não um novo tipo penal.

O objetivo geral, portanto, é debruçar-se acerca dos aspectos práticos da criminalização da homofobia e transfobia pelo STF, com a análise de casos concretos que tiveram suas decisões fundamentadas na tese firmada pelo Tribunal referido.

Como objetivos específicos, será feita análise da criminalização da homofobia e da transfobia com foco no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, procedendo com a observância das teses firmadas pelo STF, e de anterior decisão histórica sobre o tipo penal constitucional do *racismo*

Ainda como objetivo específico, será realizada uma análise dos aspectos práticos da criminalização da homofobia e transfobia, por meio da observação das decisões que utilizam a referida tese em sua fundamentação. Como terceiro objetivo específico, será realizada exposição teórica acerca da suposta criação de nova conduta tipificada pelo STF.

A presente pesquisa, portanto, foi realizada por meio do método de abordagem indutivo, com pesquisa teórica e descritiva. Trata-se de artigo científico que se utilizou dos métodos de procedimento fichamento bibliográfico da literatura que versa sobre o tema e análise de documentações oficiais, como legislações, acórdãos e votos.

2 O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA E INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA

No dia 13 de junho de 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF), no Tribunal Pleno, procedeu com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, com a relatoria do Ministro Celso de Mello, juntamente com o Mandado de Injunção (MI) nº 4733, com relatoria do Ministro Edson Fachin.

Em atendimento a um dos objetivos específicos da presente pesquisa, pretende-se analisar as nuances atinentes aos julgamentos mencionados, com foco nos acórdãos dos respectivos relatores, e estabelecer uma compreensão acerca dos crimes de homofobia e transfobia, nos termos das decisões do STF.

Para isso, pretende-se, preliminarmente, introduzir alguns elementos e pressupostos que se entende como imprescindíveis ao deslinde da presente pesquisa. Um deles, diz respeito a identidade de gênero e orientação sexual, que são os elementos discriminatórios presentes na criminalização estudada.

Chai, Bruzaca e Costa (2021) relacionam a discriminação em decorrência da identidade de gênero com as “amarras decorrentes da construção social de gênero e pela subversão dos papéis socialmente atribuídos a homens e mulheres”. Já a orientação sexual, os autores relacionam a discriminação, neste âmbito, com os “preconceitos decorrentes da escolha de seus parceiros amorosos e sexuais”.

Trata-se, portanto, de forma de discriminação patente em sociedade que se encontra pautada na estigmatização do que considera como identidades divergentes da regra geral:

Compreende-se que a escolha dos parceiros sexuais adequados também constitui pilar relevante dos papéis socialmente atribuídos ao masculino e ao feminino. Assim, a existência de pessoas LGBT e, especialmente a assunção de pessoas transexuais por meio da transição e produção dos seus corpos expõe o caráter não naturalista e não essencial das distinções de gênero, não apenas foge do padrão exigido socialmente, mas demonstra a possibilidade de vida para além do padrão binário, heterossexual e patriarcal que sustentou o desenvolvimento da sociedade ocidental.

Em resposta a citada divergência ao que é pregado como correto, a sociedade responde por meio de mecanismos de estigmatização das identidades divergente com a finalidade de construir inimigos sociais marginalizados e excluídos do exercício de direitos (CHAI, BRUZACA, COSTA, 2021, p. 132).

Dispondo dos conceitos e temas apresentados, bem como da tendência à estigmatização destas pessoas, o que ocasiona a marginalização e exclusão no acesso de direitos, passa-se à análise dos julgados mencionados.

Nos autos da ADO nº 26, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, o entendimento pelo qual o Tribunal Pleno do STF fixou tese, por sua maioria, nos termos do voto do relator Ministro Celso de Mello, embasou-se nos seguintes pontos:

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 do 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 da 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 (...) (BRASIL, 2019a).

Foi reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional em redigir um texto normativo que se destine a concretizar os incisos XLI e XLII, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) aos integrantes do grupo LGBTQUIA+. Os incisos mencionados tratam, respectivamente, da obrigatoriedade de lei que estipule punição à atos de discriminação atentatórios a direitos e liberdades fundamentais; e do racismo enquanto crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (BRASIL, 2019a).

Consequentemente, foi declarada a omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União, procedendo com a cientificação do Congresso Nacional a respeito da referida omissão (BRASIL, 2019a).

Foi conferida interpretação ao texto normativo da CRFB/88, mencionado acima, com a finalidade de enquadrar a homofobia e a transfobia, seja qual for a sua forma de manifestação, nos tipos penais dispostos na Lei nº 7.716/89, que é responsável por definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, até que entre em vigência legislação específica (BRASIL, 2019a).

A equiparação mencionada se dá com base em considerar que as ações de cunho homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, devendo ser considerado o julgamento do *habeas corpus* nº 82.424/RS, que dispôs acerca da dimensão do chamado racismo social. Menciona-se que os atos desse cunho representam atos de segregação, que possuem o objetivo de inferiorizar os membros do grupo LGBTQUIA+ tão somente em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

Para fazer a equiparação em referência, sinaliza-se, ainda, que os as condutas mencionadas enquadram-se no conceito de atos discriminatórios e ofensivos a direitos e liberdades fundamentais do grupo vulnerável mencionado (BRASIL, 2019a).

Nos autos do MI nº 4733, proposta pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT, o entendimento fixado, como tese, pelo Tribunal Pleno do STF, por sua maioria, nos termos do voto do relator Ministro Edson Fachin, teve como fundamento nos seguintes pontos:

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.
2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.
3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer

discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersexual é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado precedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero (BRASIL, 2019b).

Assim sendo, o foco do voto do relator Ministro Edson Fachin foi na incompatibilidade de qualquer tipo de discriminação com o Estado Democrático de Direito, bem como com o próprio texto da CRFB/88, sustentando-se, ainda, a concretização de direitos e liberdades fundamentais (BRASIL, 2019b).

Ademais, defendeu que o texto constitucional não autoriza qualquer tipo de sofrimento advindo da discriminação. Portanto, foi igualmente reconhecida a mora inconstitucional do Congresso Nacional em confeccionar norma em sentido protetivo, adequada ao contexto analisado, bem como procedeu com a mesma adequação semântica ocorrida no julgamento da ADO supramencionada (BRASIL, 2019b).

Desta feita, no MI nº 4733 também houve a determinação de aplicação da Lei nº 7.716/89 com o objetivo de estender a tipificação dos crimes oriundos da discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional aos casos de discriminação oriunda da orientação sexual ou identidade de gênero, até que o Congresso Nacional venha legislar especificamente sobre o tema (BRASIL, 2019b).

A Lei nº 7.716/89 dispõe acerca dos crimes que resultam de práticas preconceituosas com relação a raça e a cor (BRASIL, 1989). Considerando a equiparação definida pelo STF, torna-se imprescindível para o presente trabalho, mencionar as condutas tipificadas na legislação referida, que podem ser imputadas como condutas discriminantes em relação a orientação sexual ou identidade de gênero.

Nestes termos, algumas das condutas tipificadas são: impedir o acesso a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos; negar ou obstar o emprego em empresa privada; recusar o atendimento ou impedir o acesso a estabelecimento comercial; recusar, negar ou impedir a matrícula em estabelecimento de ensino, seja pública, seja privada (BRASIL, 1989).

Também são inclusas: impedir o acesso ou recusar a hospedagem em hotéis e estabelecimentos similares; bem como em restaurantes, bares, confeitarias etc.; salões de beleza, termas, casas de massagens etc.; impedir acesso a entradas sociais de edifícios públicos ou privados; a transporte públicos, navios, aviões, entre outros; dentre outras condutas (BRASIL, 1989).

Ante o exposto, compreende-se que o julgamento, pelo STF, da ADO nº 26 e do MI nº 4733, em tese, foram responsáveis por permitir a imputabilidade de pessoas que, por meio da prática das ações descritas na Lei nº 7.716/89, venham a discriminar as vítimas em razão de sua orientação sexual e/ou identidade de gênero.

Após compreender os termos dos julgamentos mencionados, bem como de situar-se acerca de alguns exemplos de condutas tipificadas na legislação referida, é importante analisar a possibilidade de aplicação prática, em casos concretos, distribuídos pelos Tribunais brasileiros, não havendo a possibilidade de realizar um recorte geográfico em razão da escassez na quantidade dos julgados.

3 REFLEXOS PRÁTICOS DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E DA TRANSFOBIA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Com o objetivo de analisar aspectos práticos da aplicação do entendimento do STF acerca da criminalização da homofobia e transfobia, nos autos da ADO nº 26 e do MI nº 4733, realizar-se-á uma análise das decisões que versam sobre o tema, considerando o marco temporal a iniciar a partir do dia do julgamento das ações referidas, 13 de junho de 2019, e que aplicam, ou não, o entendimento mencionado.

Considerando a escassez do número de decisões que mencionam ou buscam aplicabilidade ao entendimento firmado pelo STF, não foi possível estabelecer um recorte geográfico. Desta feita, optou-se por realizar uma busca pelas jurisprudências de todos os tribunais brasileiros, considerando aquelas que foram proferidas do dia 13 de junho de 2019 até o momento da realização da presente pesquisa, em dezembro de 2021.

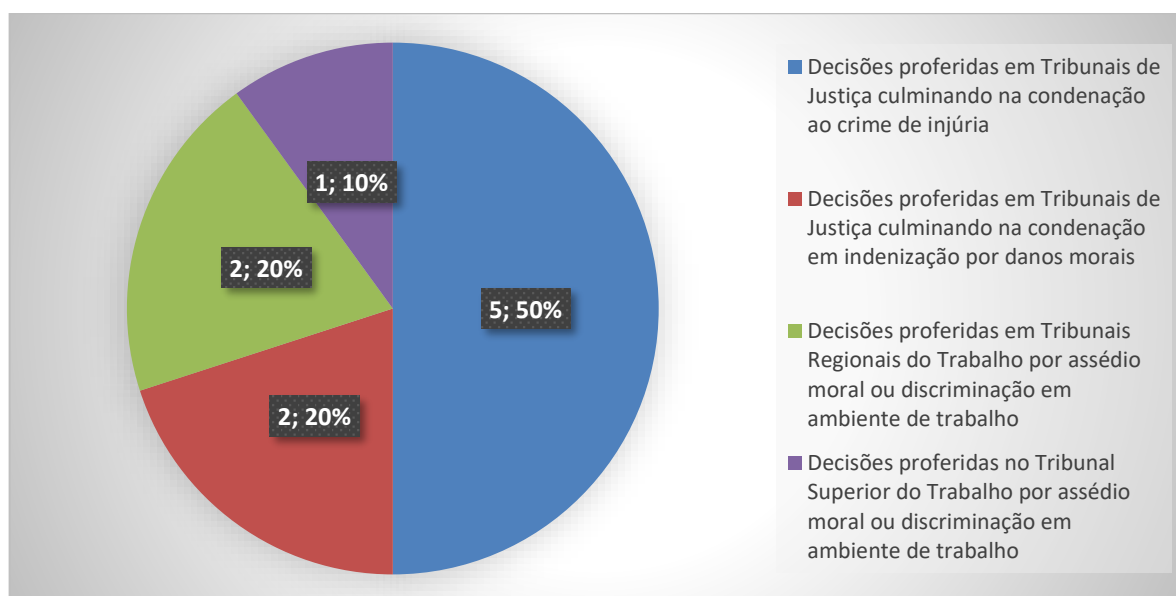
A busca foi realizada por meio do repositório de jurisprudências do site *Jusbrasil*¹, utilizando-se como instrumento de busca as palavras-chave: “homofobia lei nº 7.716/89” e “transfobia lei nº 7.716/89”, de modo que foram encontrados 55 resultados.

¹ Link para acesso ao repositório de jurisprudências: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>

Todavia, deve-se considerar que as palavras-chave que foram buscadas, na maioria das vezes, apareciam apenas citadas no corpo do processo, sem que a demanda tratasse, de fato, do tema buscado, ou seja, processos que discutiam ou aplicaram o entendimento do STF acerca da criminalização da homofobia e transfobia.

A partir destas observações, foram encontradas 10 decisões em processos que discutem a ocorrência de práticas homofóbicas e/ou transfóbicas, nos termos da tese fixada pelo STF, acerca da criminalização dos crimes de homofobia e transfobia, estendendo o alcance da Lei nº 7.716/89 aos atos e práticas que tenham o cunho discriminatório sobre orientação sexual ou identidade de gênero.

Em análise primária, pode-se observar que as decisões puderam ser agrupadas da seguinte forma:



Desta feita, dentre as 10 decisões encontradas dentro dos parâmetros da busca realizada, 5 delas mencionaram o entendimento do STF e procederam com a condenação da conduta praticada no crime de injúria, na modalidade qualificada ou simples, para punição de atos homofóbicos ou transfóbicos. Foram, principalmente, casos de ofensa à honra em razão de orientação sexual ou identidade de gênero.

Menciona-se, como amostragem, a decisão transcrita abaixo:

(...) 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do Mandado de Injunção nº 4733/DF, reconheceu que “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’), nada dispondo, portanto, acerca da conduta prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal. 2. Posteriormente, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 39093/RJ, ajuizada para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, restou admitindo que, “pelo menos em tese, a conduta imputada ao suposto autor do fato seja enquadrada como injúria qualificada, prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal, a exemplo do que ficou definido em relação ao crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe, referido na tese paradigma”. 3. Dessa forma, em uma análise perfunctória, a conduta descrita pelo querelante, alegando que foi ofendido em sua honra em razão de sua orientação sexual, subsume-se, em tese, ao tipo previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (injúria qualificada), enquadramento dado na inicial, e não à figura simples do caput do mesmo dispositivo legal, nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal. (...) (DISTRITO FEDERAL, 2021).

Desta feita, percebe-se que nos 5 casos concretos que, respeitando as suas especificidades, envolveram atos atentatórios à honra por meio do uso de expressões de cunho homofóbicas e transfóbicas, em nenhuma delas houve a condenação no crime de homofobia ou transfobia, mas sim a condenação no crime de injúria. O entendimento firmado pelo STF, em verdade, serviu como base para considerar as condutas passíveis de punição no âmbito penal.

Outros dois casos em trâmite nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo² e do Mato Grosso³ também tiveram em suas decisões a fundamentação baseada na tese firmada pelo STF, com o objetivo de deferir indenizações por danos morais aos requerentes que sofreram ofensas e discriminações de cunho homofóbicas em estabelecimentos, respectivamente, hoteleiro e comercial.

Para amostragem, transcreve-se a seguir a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

(...) A conduta homofóbica é ato atentatório ao art. 3º, IV da Carta Política, o qual descreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Acrescento que atualmente a homofobia - preconceito contra os homossexuais - está equiparada às demais discriminações tuteladas pela Lei nº 7.716/89, que define o crime de racismo. (...) (MATO GROSSO, 2019)

² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 2147465-47.2021.8.26.0000**. Relator Alfredo Attié, 20 de setembro de 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1284464211/agravo-de-instrumento-ai-21474654720218260000-sp-2147465-4720218260000/inteiro-teor-1284464228>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

³ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Recurso Inominado nº 1001989-06.2017.8.11.0015**. Relatora Patrícia Ceni, 27 de setembro de 2019. Disponível em <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839317207/recurso-inominado-ri-10019890620178110015-mt>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

Por fim, as 3 últimas decisões encontradas por meio da busca realizada, na verdade, não foram prolatadas por Tribunais de Justiça dos Estados, mas sim pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 15^a e 19^a Regiões, bem como pelo Tribunal Superior do Trabalho⁶.

Nestas decisões, embora tenham sido prolatadas nos autos de Reclamações Trabalhistas, envolveram pedidos de indenização por danos morais em razão de assédio moral e discriminação por meio de atos homofóbicos e/ou transfóbicos em face da orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas.

Desta feita, os órgãos julgadores envolvidos fundamentaram suas decisões na tese firmada pelo STF na ocasião do julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4733, considerando o assédio moral e discriminação, em ambiente de trabalho, quando relacionados a orientação sexual e/ou identidade de gênero das vítimas, como conduta patente de condenação em indenização pecuniária.

Assevera Cássius Chai que:

“Por essas razões tematiza-se a relação decisão v. afetados a partir dos referenciais doutrinários do mootness e do ripeness, ou seja o tempo e o risco ou a situação de risco, a possibilitarem, e mesmo, a determinarem o exercício da jurisdição constitucional, mas reconhecendo em um procedimento em simétrica paridade, o afetado como sendo o afetado por um eventual ou necessário provimento jurídico. - Se no plano do processo discursivo legislativo o princípio da representatividade da maioria se vê manifestado enquanto vontade geral, emprestando à universalidade do texto legal validade a priori, o princípio da democracia impõe o funcionamento de um mecanismo de garantias que assegure a cada um uma participação igualitária, não apenas nesse estágio em que operam os argumentos morais, políticos, preferências etc., mas naquele em que esses textos adquirem densidade no caso concreto, no processo de aplicação. Assim, se a norma é o resultado da operação comunicativa pressupondo o texto legal (faticidade) e o caso concreto (validade), a legitimidade e a determinação do direito somente poderão emergir se nessa indeterminação cognitiva, todos os afetados puderem levantar suas pretensões de validade à própria norma (decisão).

Ocorre que da perspectiva de um controle democratizante, pressupondo o Direito enquanto um Direito de Integridade como o faz Dworkin, requer-se pelo princípio do direito e pelo princípio da democracia participativa que o próprio direito, no seio do processo legislativo, estructure o devido processo judicial mantendo a

⁴ CAMPINAS. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Reclamação Trabalhista nº 0012253-87.2016.5.15.0043**. Relator Ricardo Regis Laraia, 19 de abril de 2021. Disponível em <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1194721397/rot-122538720165150043-0012253-8720165150043/inteiro-teor-1194721416>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

⁵ ALAGOAS. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Reclamação Trabalhista nº 0001163-12.2019.5.16.0061**. Juiz Sergio Roberto de Mello Queiroz, 08 de dezembro de 2020. Disponível em <https://trt-19.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1281092293/atord-11631220195190061-trt19/inteiro-teor-1281092294>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 8325220-14.5.06.0001**. Relatora Dora Maria da Costa, 28 de agosto de 2019. Disponível em <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756725874/recurso-de-revista-rr-8325220145060001/inteiro-teor-756725923>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

equi-primordialidade das relações sociais mediante um contraditório reflexivo, só então, poder-se-á admitir a validade de decisões com fundamentos ético-jurídicos.

Um contraditório reflexivo coloca a condição segundo a qual se propõe uma abertura para o discurso de justificação de maneira contrafática.

Como indica Günther essa condição localiza-se no fato de que se deve interpretar uma norma reconhecida como válida de maneira que ela seja coerente em toda e qualquer situação com todas as outras normas válidas a priori. Pois, é apenas nesse momento que ganha sentido o fato de que todos os indivíduos afetados, que podem invocar razões normativas válidas para sua interpretação da situação, performam a idealização contrafática de uma interpretação coerente e completa de todas as normas válidas.

A aplicação imparcial da norma nos termos de uma teoria do discurso argumentativo relaciona-se com o caráter obrigatório das normas práticas na medida em que qualquer destinatário de uma norma possa proceder, por ele mesmo, a uma interpretação da situação. De outro modo, não há pertencimento.” (CHAI; 2007, p.41)

Celso Lafer (2004), em parecer lançado e aceito pelo STF nos autos do HC 82.424-2, ensina:

“A interpretação é inerente à vida do direito e os seus métodos um assunto muito conhecido e debatido. Entendo, no entanto, útil apresentar algumas observações sobre peculiaridades que cercam a interpretação dos direitos e garantias fundamentais. Interpretar o art. 5º, LXII, significa dotar de significado o conteúdo jurídico nele previsto. A particularidade da operação de interpretar os direitos humanos deriva, como observa Gregório Peces Barba, tanto da sua relevância hierárquica no sistema constitucional quanto do fato que numa democracia, que se baseia na perspectiva *ex parte populi*, a ação de interpretar os direitos e garantias fundamentais deve partir da compreensão de que os direitos são os legitimadores do sistema.”

A partir da análise realizada, portanto, foi possível verificar que as decisões dos Tribunais de Justiça que se fundamentaram nas decisões do STF a respeito da criminalização da homofobia e transfobia, embasaram a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas, enquadrando-se em outras condutas tipificadas, como foi o caso das decisões de condenação no crime de injúria. Não se vê, portanto, a criação de um novo tipo penal, mas sim a abrangência da interpretação nos casos concretos.

4 A SUPOSTA CRIAÇÃO DE NOVA TIPIFICAÇÃO CRIMINAL: UMA QUESTÃO DE SEMÂNTICA E INTERPRETAÇÃO

Uma das principais críticas proferidas ao posicionamento do STF em criminalizar a homofobia e a transfobia, tornando estes atos abarcados e punidos pela vigência da Lei nº 7.716/89, que é responsável por definir os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,

até que entre em vigência legislação específica, é a impossibilidade deste Tribunal de tipificar novos delitos e cominar sanções no Direito Penal Brasileiro.

Além disso, a crítica também se instala no princípio da legalidade estrita constante no art. 1º, do Código Penal Brasileiro, o qual dispõe que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940) e determina que a tipificação de uma conduta deve constar expressa em legislação vigente.

Como terceiro objetivo que se pretende cumprir na presente pesquisa, apresenta-se exposição acerca da decisão do STF enquanto questão de semântica e interpretação, afastando as críticas expostas a respeito da impossibilidade de criação de tipificação penal por parte do Tribunal em referência, bem como defendendo o cumprimento ao princípio da legalidade estrita.

Para fundamentar o posicionamento que se defende na presente pesquisa utiliza-se da Teoria Estruturante do Direito de Müller (2008), por meio da qual o autor entende que a norma jurídica, como norma texto, ainda não é norma jurídica propriamente dita, ela é um elemento que vai ser adicionado à realidade e que não vai ter o papel de limitar a interpretação jurídica. A norma, enquanto texto, é um elemento constitutivo.

Essa norma, enquanto texto, observada sob suas perspectivas linguísticas é chamada pelo autor de Programa Normativo. A norma com todas as suas dimensões práticas, ou seja, as normas como elas têm sido entendidas, formando a jurisprudência de um país, as circunstâncias fáticas contingenciais que sempre estão presentes no processo da interpretação da norma, a própria literatura jurídica, esses aspectos adicionais que compõem a estrutura da norma, Müller (2008) vai chamar de Âmbito Jurídico.

Neste sentido, com base na teoria exposta, o âmbito normativo e o programa da norma vão trabalhar em duas estruturas distintas, tratando-se, portanto, da estrutura da norma e da normatividade jurídica, ou seja, como a norma é efetivamente aplicada. A teoria exposta, nestes termos, compreende o fenômeno jurídico como um fenômeno prático, de realização circunstancial, conectado com a realidade (MÜLLER, 2008).

Assim sendo, o que a Teoria Estruturante do Direito vem defender, em sua essência, é que a norma não é limite para a interpretação, a norma é um elemento que se adiciona à relação com a realidade, que a norma está propiciando. A norma texto, ou seja, essa norma que ainda é um programa, que ainda não é a norma jurídica concreta (sentença), ela apresenta esferas dadas de antemão, abrindo várias possibilidades de concreção jurídica (MÜLLER, 2008).

Nas decisões analisadas no tópico antecedente, percebe-se que a tese firmada pelo STF fundamentou a punição de condutas homofóbicas e transfóbicas, sendo estas aquelas que

possuem o objetivo de discriminar uma pessoa em razão de sua orientação sexual ou a sua identidade de gênero. Os demandados, nos casos concretos vistos, foram condenados no crime de injúria, bem como em indenizações por danos morais.

A partir das decisões estudadas, proferidas no Tribunal Pleno do STF nos autos da ADO nº 26 e MI nº 4733, o foco também se fundou na imprescindibilidade de mandado constitucional de criminalização de qualquer forma de discriminação, com fulcro no texto da CRFB/88, conforme verifica-se pelos trechos transcritos a seguir:

A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas disposições, é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista bens e valores envolvidos. (...) O contexto fático subjacente à presente demanda sugere que as violações às garantias individuais dos grupos de vulnerabilidade LGBT, de fato, estão a demandar uma ação imediata da Corte Constitucional. (...) A realidade fática demonstra ostensivamente que a ausência da criminalização de atos de homofobia e transfobia acaba contribuindo para restrições indevidas de direitos fundamentais e para um quadro generalizado de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero (BRASIL, 2019a).

Desta feita, não se trata de tipificação de novo crime pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco de descumprimento do princípio da legalidade estrita, pois a decisão do STF, em verdade, conferiu interpretação aos dispositivos da Constituição que conferem Direitos e Garantias Fundamentais aos membros do grupo LGBTQUIA+. E nisso que se funda a Teoria Estruturante do Direito, aqui revisada.

Neste cenário, o Programa Normativo está articulado com o Âmbito Normativo, é um processo de articulação que vai gerar uma sentença que vai percorrer um caminho autônomo. Cada sentença é uma situação única na teoria de Müller (2008). A norma enquanto programa institui a sua obrigatoriedade, mas seria necessário verificar que essa obrigatoriedade instituída é só uma possibilidade, porque o âmbito normativo vai concretizá-lo.

Essa diferença metodológica está exclusivamente a serviço da concretização prática do direito, e não da teoria geral do direito ou da crítica ideológica voltada ao ordenamento jurídico. Ela também não foi aqui delineada no sentido de uma sociologia jurídica que concebe o direito somente como contexto de fatos e não como dever-ser normativo. Se não quisermos tipificar teoricamente as possibilidades de relação entre realidade e direito, mas investigar sociologicamente o direito apenas como realidade, então o âmbito normativo não aparecerá como parte integrante da norma nem do pensamento normologista. Entretanto, também o âmbito normativo não é dado de antemão no texto literal da disposição, mas é geralmente indicado apenas de modo incompleto. Tomados como estruturas meramente linguísticas, os contextos conceituais do texto normativo apontam apenas pontos de referência para relações reais da vida humana, para circunstâncias reais específicas. Eles não possuem teor de

validade autônomo, nem um campo semântico determinado na realidade, na relação com tipos legais concretos (MÜLLER, 2208, p. 198).

O elemento da semântica, portanto, é determinado pela realidade. No caso estudado, da criminalização da homofobia e transfobia, o cenário prático real se alterou com os anos, trazendo, como visto no voto do relator Celso de Mello na ADO nº 26, a necessidade de um mandado constitucional de criminalização de qualquer forma de discriminação, neste caso, destinando ao acesso de Garantias e Direitos Constitucionais aos membros do grupo LGBTQUIA+.

O elemento da realidade fática também é abordado por Pinho (2018), quando menciona a presença constante de elementos de intolerância nos discursos discriminatórios quanto a orientação sexual e identidade de gênero:

Desta feita, verifica-se que a temática da liberdade de orientação sexual não é tão somente de caráter jurídico, mas também moral, despertando discussões ideológicas e valorativas, considerando que este assunto, de certo modo, sempre manifestou-se como um tabu nas sociedades modernas, ainda que os elementos de certa intolerância advenham, muitas vezes, de ideias preestabelecidas, já que não há nenhuma evidência de que o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo prejudique alguém, às famílias ou ao Estado Democrático de Direito.

Para Müller (2008) uma norma se concretiza com a sentença transitada em julgado. O autor mostra a estrutura do sistema normativo, vai dissecar o sistema em elementos que, quando separados e conjugados, facilitam a compreensão do procedimento hermenêutico.

Considerar as necessidades existentes no contexto fático atual e interpretar a legislação constitucional de modo a conferir a criminalização de condutas discriminatórias não representa a criação de um novo tipo penal, mas sim de interpretação e análise semântica. Aliás, é, também, uma questão de normatividade, que para Müller, possui o seguinte sentido:

Normatividade não significa aqui nenhuma força normativa do fático, tampouco a vigência de um texto jurídico ou de uma ordem jurídica. Ela pressupõe a concepção – a ser explicitada mais tarde – da norma como um modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado. Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar à realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão (MÜLLER, 2008, p. 15).

Desta feita, Müller (2008) afasta o conceito de normatividade daquele que estamos habituados, que se refere à vigência de um texto jurídico. Em verdade, o autor aproxima o conceito de normatividade concreta e normatividade materialmente determinada, sendo a

primeira relacionada à capacidade de ordenação de uma norma à realidade a qual encontra-se presente e que a obedece; e a segunda se refere à característica de a norma ser condicionada e estruturada pela mesma realidade mencionada.

Normatividade, para o autor, tem uma dimensão abstrata, que não se preocupa tão somente com a ideia de quanto aquela norma é efetiva na realidade da comunidade, mas todas as dimensões que compõem a sua interseção com o mundo real. Normatividade seria como uma atividade dinâmica, que confronta a realidade com a norma (MÜLLER, 2008).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, após analisar uma das facetas da aplicação prática das teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da criminalização da homofobia e transfobia, foi possível verificar que as decisões proferidas pelo referido Tribunal serviram como fundamento para condenações, principalmente, no crime de injúria, bem como condenação em indenizações por danos morais, inclusive em âmbito laboral.

Entende-se, portanto, que a crítica direcionada ao STF acerca da impossibilidade deste Tribunal de emprestar atualização semântica a tradicionais signos sociais e, reconhecer como consequência, em práticas culturais discriminatórias constrangedoras, o conteúdo de tipicidade de crimes aviltantes contra a dignidade humana, experimentados em constante naturalização de violências estigmatizadoras, é infundado e não pode ser admitido como apanágio de excludentes de ilicitude. Portanto, é legítimo e constitucional, também, que em decorrência do reconhecimento do crime de homofobia e transfobia no signo do tipo penal do *racismo*, sejam cominadas as sanções previstas no próprio Direito Penal Brasileiro, bem como acolhida a preservação e a observância do princípio da legalidade estrita constante no art. 1º, do Código Penal Brasileiro. Repise-se que, em verdade, não possui fundamento compatível com os desafios e os princípios constitucionais de uma democracia constitucional estruturada a partir das missões do art. 170, cc os art. 3º, art. 5º, abraçados e densificados na Constituição de 1988, e os compromissos republicanos de ruptura com a mentalidade liberal oitocentista misógina, sexista e intolerante sobre as igualdades de gênero e pluralidade familiar e dos afetos o não reconhecimento dessas práticas enquanto crime de racismo, considerando como um tipo aberto a ser preenchido pela percepção de práticas culturais discriminatórias.

Conforme posicionamento defendido na presente pesquisa, sustenta-se que o papel do STF no caso analisado foi, na verdade, com a ousadia constitucional a si reservada na condição de guardião da Constituição, no exercício de quem diz o que o Direito é, no campo

interpretativo e semântico, de modo a considerar as necessidades existentes no contexto fático atual e explicar a legislação constitucional de modo a conferir a criminalização de condutas discriminatórias, isto não representa a criação de um novo tipo penal, mas sim de interpretação e análise semântica, isto tudo, a partir dos fundamentos teóricos da Proposição Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, para defender que houve a aplicação prática, adequada à realidade, das garantias e direitos constitucionais já previstos aos integrantes do grupo LGBTQUIA+, também.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, [1989]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em: 2 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 DF**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA AUTORA. ART. 25, § 1º, DA LEI 8.987/1995. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. SÚMULA 331 DO TST. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA NO JULGAMENTO DA ADPF 324 E DO RE 958.252 TEMA 725 DA REPERCUSSÃO GERAL. PROCEDÊNCIA. 1. Reconhecida a legitimidade da Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADÉE, uma vez que não há entidade que abarque toda a coletividade atingida pela norma questionada. 2. Declaração de constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, o qual autoriza a terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviço público. 3. Jurisprudência do STF consolidada nos julgamentos da ADPF 324, Rel. Ministro Roberto Barroso e, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 958.252, Rel. Ministro Luiz Fux (tema 725), no sentido de reconhecer a constitucionalidade do instituto da terceirização em qualquer área da atividade econômica, afastando a incidência do enunciado sumular trabalhista. 4. Pedido julgado procedente para declarar a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei nº 8.987/1995. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 2 dez 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Injunção nº 4733 DF**. DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou

expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, deduz-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Relator: Min. Edson Fachin, 13 de junho de 2019. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 2 dez 2021.

LAFER, Celso. **Parecer: o Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 162, p. 53-89, abr./jun. 2004. Acesso em 8 de fevereiro de 2021. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/948>

CHAI, Cássius Guimarães; BRUZACA, Maria Vitória Barros; AQUINO COSTA, Amanda Cristina de. TRANSEXUALIDADE, DIVERSIDADE E DIREITO AO TRABALHO: ANÁLISE DO DISCURSO DE DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO EM CASOS DE TRANSFOBIA. In: III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS. Florianópolis: CONPEDI, 2021. Disponível em:

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjBmVbUv830AhUEKrkGHdjhCEUQFnoECACQAQ&url=http%3A%2F%2Fsite.conpedi.org.br%2Fpublicacoes%2F276gsltp%2Fxdnyx9pj%2F1vIUHm2WwxaI9eQ4.pdf&usg=AOvVaw3l3pvyM-P0ZQ8QZaPk7d0l>. Acesso em: 2 de dezembro de 2021.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional em uma Democracia de Riscos**. São Luís: AMPEM, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Processo nº 0725489-94.2021.8.07.0000**. CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. JUÍZO DA QUINTA VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA/DF E JUÍZO DO SEGUNDO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DE BRASÍLIA/DF. QUEIXA-CRIME. APURAÇÃO DA SUPOSTA PRÁTICA DE CRIME DE INJÚRIA. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS REFERENTES À ORIENTAÇÃO SEXUAL DO QUERELANTE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADO Nº 26/DF E NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733/DF. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA PRECONCEITUOSA. DECISÃO EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DO STF. ELEMENTOS QUE QUALIFICAM A INJÚRIA PRECONCEITUOSA. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e do

Mandado de Injunção nº 4733/DF, reconheceu que “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’)”, nada dispondo, portanto, acerca da conduta prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal. 2. Posteriormente, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 39093/RJ, ajuizada para garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente, restou admitindo que, “pelo menos em tese, a conduta imputada ao suposto autor do fato seja enquadrada como injúria qualificada, prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal, a exemplo do que ficou definido em relação ao crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe, referido na tese paradigma”. 3. Dessa forma, em uma análise perfunctória, a conduta descrita pelo querelante, alegando que foi ofendido em sua honra em razão de sua orientação sexual, subsume-se, em tese, ao tipo previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (injúria qualificada), enquadramento dado na inicial, e não à figura simples do caput do mesmo dispositivo legal, nos termos do que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal. 4. O artigo 140, § 3º, do Código Penal comina pena máxima abstrata superior a 02 (dois) anos, o que afasta a competência dos Juizados Especiais Criminais (artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/1995). 5. Conflito Negativo de Jurisdição conhecido para declarar competente o Juízo Suscitante (Juízo da Quinta Vara Criminal de Brasília/DF). Relator Roberval Casemiro Belinati, 03 de novembro de 2021. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1330150542/7254899420218070000-df-0725489-9420218070000/inteiro-teor-1330150548>. Acesso em: 3 dez 2021.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. **Recurso Inominado nº 1001989-06.2017.8.11.0015**. Recurso Inominado nº.: 1001989-06.2017.8.11.0015 – CH - Pje Origem: Juizado Especial Cível de Sinop Recorrente (s): PAULA DAIANE ALVES Recorrido (s): AUTO POSTO TARUMA - GRANJA Juiz Relator : Patrícia Ceni Data do Julgamento: 27/09/2019 EMENTA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO DE CONSUMO – OFENSAS PESSOAIS DIRIGIDAS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – OFENSAS HOMOFÓBICAS – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DA PARTE RECLAMANTE – PLEITO DE MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR FIXADO EM VALOR IRRISÓRIO QUE NÃO APLICA A MEDIDA PEDAGÓGICA NECESSÁRIA. A conduta homofóbica é ato atentatório ao art. 3º, IV da Carta Política, o qual descreve como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Acrescento que atualmente a homofobia - preconceito contra os homossexuais - está equiparada às demais discriminações tuteladas pela Lei nº 7.716/89, que define o crime de racismo. Na fixação do montante da condenação a título de reparação pelos danos morais, deve-se atender a uma dupla finalidade: reparação e repressão. Portanto, há que se observar a capacidade econômica do atingido, mas também a do ofensor, com vistas a evitar o enriquecimento injustificado, mas também garantir o viés pedagógico da medida, desestimulando-se a repetição do ato ilícito. É sabido que o instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial possui três funções básicas: 1) compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima; 2) punir o agente causador do dano, e, por último, 3) dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso. A vista de tais critérios, o valor fixado em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) deve ser elevado para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), notadamente quando a quantia arbitrada na instância de piso não aplica, principalmente, a

função punitiva e pedagógica da medida. Recurso conhecido e parcialmente provido. Relatora Patrícia Ceni, 27 de setembro de 2019. Disponível em <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/839317207/recurso-inominado-ri-10019890620178110015-mt>. Acesso em: 03 de dezembro de 2021.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2008.

PINHO, Samara de Oliveira. ASPECTOS DO CONTEXTO FÁTICO-JURÍDICO DO DEBATE SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: ANÁLISE QUALITATIVA E QUANTITATIVA DA OMISSÃO LEGISLATIVA EM FACE DO APELO (SOCIAL) AO STF. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal/RN, v. 12, n. 1, p. 45-68, 2019.