

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

SILVANA BELINE TAVARES

ANA PAOLA DE CASTRO E LINS

JORGE LUIZ OLIVEIRA DOS SANTOS

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

G326

Gênero, Sexualidades e Direito I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Ana Paola de Castro e Lins; Jorge Luiz Oliveira dos Santos; Silvana Beline Tavares. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-868-4

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Gênero e sexualidades. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

GÊNERO, SEXUALIDADES E DIREITO I

Apresentação

É cediço que quando se analisa as mais variadas questões relativas a nossa convivência em sociedade, uma gama variada de impedimentos baseados na sexualidade e no gênero é detectada. Tal questão pode caracterizar a ausência do Estado no seu dever de promover e proteger o fundamento dos Direitos Humanos que é a dignidade da pessoa sem nenhuma forma de distinção. Assim, ao se perceber a sexualidade e o gênero, como parte essencial e fundamental da humanidade, depreende-se que as pessoas precisam estar fortalecidas e juridicamente amparadas, para performarem a sua identidade sexual e de gênero.

Assim, torna-se importante reunir pesquisas como as que sustentam esse GT, para o fortalecimento de tais direitos.

O trabalho “Feminismo: corpos dóceis controlados e disciplinados”, de Joasey Pollyanna Andrade da Silva, Clara Rodrigues de Brito e Jefferson Aparecido Dias nos mostra como o patriarcado constitui um sistema social que impõe opressão, dominação e controle sobre os corpos femininos, favorecendo desigualdades sociais e de gênero que opera também nos setores econômico, social e político como forma de biopoder.

Karla Andrea Santos Lauletta em “Feminismo jurídico: primeiras aproximações conceituais sobre a teoria de tamar pitch”, faz uma aproximação teórica ao feminismo jurídico a partir da análise do texto Sexo y Género de y en el Derecho: el feminismo jurídico da autora italiana Tamar Pitch com o objetivo de relacionar as pautas feministas expostas ao princípio da dignidade humana e os avanços do debate público no Brasil.

Em “Homofobia e a igualdade: uma análise da ado n° 26 e do mi n° 4733 a partir do conceito de reconhecimento proposto por Nancy Fraser”, Hugo Rogério Grokskreutz e Matheus Felipe De Castro afirmam que o princípio da igualdade passou a ser previsto expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que por sua vez, veda qualquer ato discriminatório e, concomitantemente, determinou a criação de uma lei penal incriminadora para proteger tal bem jurídico, logo, se trata de um mandado de criminalização. Por tal razão, houve a criação da Lei de racismo n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989, porém, tal legislação não contemplava a pessoa LGBTQI+, o que levou o Supremo

Tribunal Federal no julgamento da ADO n° 26 e do MI n° 4733 a modular o conteúdo decisório e a ampliar seu alcance, independentemente de alteração legislativa, para proteger as pessoas que eram desconsideradas por tal legislação.

Ana Paola de Castro e Lins e José Anchieta Oliveira Feitoza com o trabalho “Identidade de gênero e transexualidade no direito brasileiro: a virada das decisões dos tribunais superiores” tem por objetivo analisar a mudança teórica na percepção da categoria identitária, com o fim de detectar as consequências dessa maleabilidade no âmbito do Direito, em especial quanto à alteração de nome e gênero no registro civil.

Com “Legítima defesa da honra e o avanço civilizatório”, Ana Carolina Figueiro Longo destaca o papel do Poder Judiciário na tarefa de atualização da interpretação normativa, como instrumento para estabilidade e legitimação do Estado, por meio de decisões que reconhecem o avanço civilizatório da sociedade.

Isadora Malaggi, Jéssica Cindy Kempfer e Sabrina Lehnen Stoll com o trabalho “Maternidade no cárcere privado: uma análise acerca dos direitos e garantias das mulheres encarceradas” analisam se o ambiente prisional está garantindo os direitos básicos das mulheres em situação de maternidade, a partir das atuais estruturas e instalações do sistema prisional e dos cuidados maternos essenciais.

“O machismo estrutural no tribunal do júri: uma análise crítica do julgamento do caso Bruna Lícia Fonseca” de Whaverthon Louzeiro De Oliveira e Artenira da Silva e Silva teve o propósito central de identificar os meios jurídico-legais através dos quais o patriarcado e o machismo se manifestam no Tribunal do Júri a partir de um estudo do caso de Bruna Lícia.

Geórgia Oliveira Araújo e Sara Lima Portela em “O que é consentir? o consentimento como elementar implícita do crime de estupro e a necessidade de uma compreensão jurídico-penal do consentimento” tem como objetivo compreender a construção da norma penal do crime de estupro, indagando de forma crítica sobre o consentimento como um elemento implícito na configuração do tipo.

Com o trabalho “Orientação sexual, preconceito e relações de trabalho: o papel das cortes na defesa de direitos lgbtqiapn+” Jonadson Silva Souza, Leandro de Andrade Carvalho e Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira Smith afirmam que a orientação sexual e de gênero constituem espectro da vida privada, que encontram proteção do estado e devem ser respeitadas nas interações sociais, inclusive, contando com vasta jurisprudência protetiva internacional e nacional sobre a temática.

Lucas Pires Maciel e Anna Beatriz Vieira Silva nos trazem em “Questões tributárias de gênero: o fenômeno do pink tax” Um estudo que teve por finalidade a abordagem de uma questão discriminatória de gênero no âmbito tributário, que se denomina pink tax,

O trabalho “Segurança humana e feminização da pobreza no Brasil: um debate necessário” de Ana Carolina Gondim de Albuquerque Oliveira, Paulo Henrique Tavares da Silva e Jéssica Feitosa Ferrei teve por objetivo refletir sobre o fenômeno denominado ‘feminização da pobreza’ como um dispositivo que ameaça a segurança humana das mulheres.

Fabiane Wanzeler do Carmo e Raimundo Wilson Gama Raiol em “Violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes do sexo feminino: uma relação de poder e de desigualdades” analisam como a relação de poder e as desigualdades geracionais e de gênero influenciam para a viabilidade do acometimento e manutenção da violência sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes do sexo feminino, cometidas por um adulto do sexo masculino.

A discussão trazida por Larissa Bastos Rodrigues e Oswaldo Pereira De Lima Junior em “O lugar da mulher também é no poder judiciário”: um olhar sobre a política pública judiciária de incentivo a participação feminina criada pelo Conselho Nacional de Justiça” nos mostra a presença e os desafios das mulheres nas carreiras jurídicas no contexto brasileiro que, apesar das avançadas conquistas femininas no campo jurídico, persistem desafios significativos relacionados à equidade de gênero.

A proposta de Mariana Macêdo Santos, Gustavo Raposo Pereira Feitosa e Ana Cecília Bezerra de Aguiar com o trabalho ““Se te agarro com outro, te mato!”: discurso jurídico, relações de gênero e a legítima defesa da honra no Tribunal do Júri brasileiro” tem como objetivo analisar em que medida o discurso de preservação da honra masculina foi utilizado para influenciar a tomada de decisão no Tribunal do Júri em casos de feminicídio.

Convidamos a todos, todas e todes para conhecer os trabalhos! Boa leitura!

Ana Paola de Castro e Lins

Jorge Luiz Oliveira dos Santos

Silvana Beline

**HOMOFOBIA E A IGUALDADE: UMA ANÁLISE DA ADO N° 26 E DO MI N° 4733
A PARTIR DO CONCEITO DE RECONHECIMENTO PROPOSTO POR NANCY
FRASER**

**HOMOPHOBIA AND EQUALITY: AN ANALYSIS OF ADO N° 26 AND MI N° 4733
BASED ON THE CONCEPT OF RECOGNITION PROPOSED BY NANCY FRASER**

**Hugo Rogério Grokskreutz
Matheus Felipe De Castro**

Resumo

O princípio da igualdade passou a ser previsto expressamente pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que por sua vez, veda qualquer ato discriminatório e, concomitantemente, determinou a criação de uma lei penal incriminadora para proteger tal bem jurídico, logo, se trata de um mandado de criminalização. Por tal razão, houve a criação da Lei de racismo n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989, porém, tal legislação não contemplava a pessoa LGBTQI+, o que levou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO n° 26 e do MI n° 4733 a modular o conteúdo decisório e a ampliar seu alcance, independentemente de alteração legislativa, para proteger as pessoas que eram desconsideradas por tal legislação. Tais decisões se mostraram como uma nova corrente interpretativa, que geraram transformação em caráter geral, e nessa quadra, se coadunaram com ótica de Nancy Fraser sobre o reconhecimento, como remédio contra a injustiça cultural especificamente no tocante a sexualidade menosprezada.

Palavras-chave: Direito penal, Gênero, Igualdade, Nancy fraser, Reconhecimento

Abstract/Resumen/Résumé

The principle of equality became expressly provided for by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, of October 5, 1988, which in turn prohibits any discriminatory act and, at the same time, determined the creation of an incriminating criminal law to protect this legal asset. , therefore, it is a criminalization warrant. For this reason, the Racism Law No. 7716 of January 5, 1989 was created, however, such legislation did not contemplate the LGBTQI+ person, which led the Federal Supreme Court to judge ADO No. 26 and MI No. ° 4733 to modulate the decision-making content and expand its scope, regardless of legislative change, to protect people who were disregarded by such legislation. Such decisions proved to be a new interpretative current, which generated transformation in general, and in this court, were in line with Nancy Fraser's perspective on recognition, as a remedy against cultural injustice, specifically with regard to belittled sexuality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Gender, Equality, Nancy fraser, Recognition

1. INTRODUÇÃO.

Não é recente que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre o princípio da igualdade (Constituição Federal - de 05 de outubro de 1988) (CF) (BRASIL, 1988), inclusive, em seu bloco de constitucionalidade, que abarca diversos Tratados internacionais. Nesta quadra, uma das formas de proteção da igualdade foi o comando de criminalização proveniente da CF que, entre outros, determinou que o Poder Legislativo tornasse penalmente típica a conduta de discriminação, racismo ou preconceito, daí o motivo do surgimento da Lei ordinária federal nº 7.716, de 05 de janeiro de 1.989 (BRASIL, 1989), também conhecida como Lei do racismo.

Em atendimento a vontade do Poder Constituinte originário, a mencionada legislação infraconstitucional trouxe em seu bojo a criminalização de condutas resultantes de discriminação, racismo ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Entretanto, ao longo do tempo, observou-se que a população LGBTQI+ também estava sendo alvo de condutas discriminatórias, e que não eram objeto de tratamento jurídico-penal específico, o que levou o Partido Popular Socialista (PPS) a mover uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que foi tombada sob o nº 26 e julgada pelo Supremo Tribunal Federal (ADO nº 26) (BRASIL, 2020). Na mesma toada, e dotado do mesmo raciocínio, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) impetrou um Mandado de Injunção igualmente no STF, que foi tombado sob o nº 4.733 (MI nº 4.733) (BRASIL, 2020b).

Ambas as ações visavam a inclusão do grupo LGBTQI+ no rol de vítimas da citada Lei, para tanto, pleitearam o reconhecimento da inércia do Poder Legislativo que até o momento, não criou qualquer legislação penal com o escopo de salvaguardar esses indivíduos. Essas decisões foram no sentido de não apenas proteger, mas também, devidamente reconhecer a comunidade LGBTQI+, o que traz à tona, a relevância de se analisar o modelo de reconhecimento trazido pela autora Nancy Fraser.

No capítulo de sua autoria “[d]a redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista” que integra a obra “Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea”, organizada por Jessé de Souza, Nancy Fraser define e discute os efeitos do “reconhecimento” e traz como exemplo, exatamente a situação da comunidade LGBTQI+.

Diante deste complexo contexto, é que o teor dos arestos em testilha devem ser analisados não apenas no olhar jurídico, mas também, cultura que é trazido por Fraser, o

que acarretou a seguinte indagação: as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADO n° 26 (BRASIL, 2020) e no MI n° 4.733 (BRASIL, 2020b) podem ser consideradas como uma forma de reconhecimento segundo o modelo proposto por Nancy Fraser? Logo, a resposta a essa indagação consiste no objetivo geral desta pesquisa.

Como forma de viabilizar a resposta à pergunta problema, o presente estudo tem como objetivos específicos: analisar os aspectos cogentes do princípio da igualdade e o mandado de criminalização da discriminação; apontar os principais reflexos da interpretação conforme a constituição e o efeito *erga omnes* oriundo do controle concentrado de constitucionalidade; imergir e evidenciar o conteúdo das decisões do Supremo Tribunal Federal, em relação as aludidas ADO n° 26 e no MI n° 4.733; e por fim, verificar o entendimento de Nancy Fraser sobre a figura do reconhecimento. Sendo assim, o escopo não é discutir os embates sobre o princípio da legalidade.

Em relação as hipóteses, a primeira é no sentido de responder positivamente a pergunta-problema, ou seja, em afirmar que as decisões se amoldam à figura do reconhecimento que é trabalhada por Nancy Fraser. De outro lado, a segunda hipótese é no sentido inverso, qual seja, a de que o entendimento judicial contemporâneo não se ajusta ao conceito de reconhecimento trazido pelo pensamento da referida autora.

No tocante a metodologia, se trata de um estudo majoritariamente teórico, contudo, possui um recorte empírico que é justamente o estudo dos julgados do STF supramencionados, a pesquisa ainda será indutiva, posto que, analisará dois casos específicos e os discutirá de forma mais ampla, bem como, bibliográfico e qualitativo, ante a pesquisa de livros e artigos científicos.

2. DESENVOLVIMENTO.

2.1. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DO MANDADO DE CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO.

O princípio da igualdade, mesmo sendo inerente ao ser humano, nem sempre foi objeto de interesse do Estado brasileiro, haja vista que, não havia previsão na Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 (BRASIL, 1824), na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 (BRASIL, 1891), e de 16 de julho de 1934 (BRASIL, 1934).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 foi a primeira a trazer expressamente em seu bojo previsões sobre a igualdade,

evidentemente, que de modo incipiente (art. 32, alínea *a*, art. 57, caput, e art. 126) (BRASIL, 1937). Por sua vez, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946 (BRASIL, 1946), nada disse sobre o princípio; a Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967 o menciona uma única vez, especificamente sobre o acesso a educação (art. 168) (BRASIL, 1967).

A Emenda Constitucional nº 1, 17 de outubro de 1969, alterou grande parte da Lei Maior e a tornou silente em relação ao princípio da igualdade. No tocante aos denominados Atos Institucionais (AI), obviamente não houve qualquer tratamento positivo em relação a esse princípio.

O AI nº 1, de 09 de abril de 1964 (BRASIL, 1964) promoveu alterações na Constituição de 1946 e como já era de se esperar, a manteve silenciosa sobre o tema; na mesma correnteza navegaram o AI nº 2, de 27 de outubro de 1965 (BRASIL, 1965), o AI nº 3, de 05 de fevereiro de 1966 (BRASIL, 1966), o AI nº 4, de 07 de dezembro de 1966 (BRASIL, 1966), o famigerado AI nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (BRASIL, 1968) não só não falou sobre o tema, como também reduziu garantias processuais dos cidadãos, o AI nº 6, de 01º de fevereiro de 1969 (BRASIL, 1.969a) ampliou os efeitos arbitrários de seu antecessor, e pior, ainda se valeu indevidamente da “igualdade” para justificar as suas previsões e nada falar sobre o real teor da isonomia.

Mantendo o mesmo paradigma da desigualdade, o AI nº 7, de 26 de fevereiro de 1969 (BRASIL, 1969b), não fez alusão ao princípio, assim como, o AI nº 8, de 02 de abril de 1969 (BRASIL, 1969c), o AI nº 9, de 25 de abril de 1969 (BRASIL, 1969d), o AI nº 10, de 16 de maio de 1969 (BRASIL, 1969e), o AI nº 11, de 14 de agosto de 1969 (BRASIL, 1969f), o AI nº 12, de 01º de setembro de 1969 (BRASIL, 1969g), o AI nº 13, de 05 de setembro de 1969 (BRASIL, 1969h), o AI nº 14, também de 05 de setembro de 1969 (BRASIL, 1969i), o AI nº 15, de 11 de setembro de 1969 (BRASIL, 1969j), o AI nº 16, de 14 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969k), e por fim, o AI nº 17, que também foi editado em 14 de outubro de 1969 (BRASIL, 1969l), se mantiveram absolutamente ignorantes em relação a matéria.

Desta síntese constitucional, é possível observar que grande parte da história brasileira ignorou o princípio da igualdade, o que veio a ser alterado com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988), que trouxe luzes para as sombras, ante a redação do caput de seu art. 5º e demais previsões, claramente influenciada por Normas Internacionais que deram arrimo para o que hoje é considerado como um bloco de constitucionalidade.

Essa luminosidade da Carta Magna de 1988 pode ser vislumbrada pela análise de seu art. 1º inciso III, que expressamente alicerçou o ordenamento jurídico no princípio da dignidade da pessoa humana, o que impõe limites a particulares (Direitos da personalidade) e ao Estado (Direitos fundamentais e humanos), forte no ideário de reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, e não como objeto coisificado, ou seja:

Neste contexto, a dignidade humana surgiu como forma de contenção de poder mediante o reconhecimento do ser humano como sujeito de Direitos e possuidor de personalidade, cujo corpo e demais elementos morais e intelectuais devem ser protegidos frente a esta interminável contenda com o poder. (GROKSKREUTZ, 2.021, p. 18).

E para que a pessoa efetivamente tenha uma vida digna, é imprescindível o reconhecimento de sua “autonomia pessoal, isto é, na liberdade (no sentido de capacidade para a liberdade)” (SARLET, 2002, p. 90) e, concomitantemente, seja garantido o “direito geral de igualdade” (SARLET, 2002, p. 91).

Registra-se que o aludido bloco de constitucionalidade, igualmente calcado na dignidade humana que reflete em uma igualdade formal e material, teve seu pontapé na denominada Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 26 de junho de 1945 (ONU, 1945), e posteriormente foi maximizada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH – Resolução nº 217-A-III da Assembleia Geral da ONU), de 10 de dezembro de 1948 (ONU, 1948), pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (ONU, 1966), Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também de 1966 (ONU, 1966b), e pelas Conferência de Direitos Humanos de Teerã em 1968 (art. 13) (ONU, 1968) e Conferência Mundial sobre Direitos Humanos – Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 (art. 5º e art. 19) (ONU, 1993), que inclusive, faz a ressalta sobre a incidência em favor de minorias.

O Estado brasileiro por meio de sua atual Constituição, rechaça expressamente a figura do racismo, tanto é que, já em seu art. 4º, inciso VIII, foi expressa ao prevê-lo como um dos princípios de suas relações internacionais, contudo, a grande previsão constitucional se encontra no art. 5º, inciso XLII que *ipsis litteris* dispõe: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988).

Com o desiderato de atender com comando constitucional de criminalização, o Congresso Nacional criou a Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (BRASIL, 1989), que recebeu o *nomen juris* de Lei do racismo, justamente por tipificar condutas

preconceituosas, racistas ou de discriminação praticadas em desfavor da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, deste modo:

Entende-se como discriminação a prática de uma imagem mental negativa da vítima que dá ensejo ao tratamento diferenciado. No momento da discriminação, o agressor reconhece quem está sendo atingido pelo seu ato e tem o exato conhecimento dos parâmetros utilizados para fazer a identificação negativa da pessoa [...]. O preconceito denota caráter pejorativo, equivalente a intolerância, superstição [...]. O racismo é uma teoria que sustenta superioridade de certas raças em relação a outras, preconizando ou não a segregação racial ou até mesmo a extirpação de minorias. (BORNIA, 2009, p. 18)

Tendo em vista que, “o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos configura a função básica do direito penal” (BIANCHINI, 2002, p. 30), não há dúvidas de que o escopo da Lei em testilha, não é apenas punir, mas principalmente, salvaguardar determinados grupos que são menosprezados por criminosos indiferentes à diversidade humana. Logo, é possível firmar que o Poder Legislativo brasileiro atendeu ao aspecto Político Criminal desse princípio, e instituiu sua outra face, que é a dogmática:

Por todo o exposto é possível denotar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos incide em dois momentos relevantes para o Direito Penal. No primeiro momento este atua como balizador para o legislador pátrio, que deve observar o sentido político criminal e só poderá criar normas penais para salvaguardar bens jurídicos. Já no segundo momento, este princípio atua como valor dogmático, no sentido de que é bem jurídico somente aquilo que foi legalmente declarado como tal pela Constituição Federal e por uma Lei penal incriminadora que visa proteger o atinente bem jurídico (GROKSKREUTZ, 2017, p. 154).

Em apartada síntese, a proteção do bem jurídico em comento decorre da proibição de determinadas condutas que possam ser lesivas a igualdade prevista pelo Constituinte Originário, e neste ponto, é notória a relevância em punir condutas discriminatórias, fazendo com que o Direito penal aplique o citado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicas, em prol daqueles que são tratados por outrem com desigualdade.

2.2. DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A QUESTÃO DE GÊNERO NA ADO N° 26 E NO MI N° 4.733.

As previsões constitucionais sobre racismo que foram acima citadas, estão igualmente abarcadas pelo status de normas imperativas e que estão no topo da estrutura normativa do Brasil, uma vez que, todas as demais normas deverão estar de acordo com as previsões da Constituição do Estado brasileiro. E justamente por conta de tal

hierarquia, é que todas as normas devem ser interpretadas à luz da própria Constituição, o que para a área do Direito, é denominada de “interpretação conforme”.

Todavia, mesmo havendo uma inexorável posição de superioridade normativa, os poderes constituídos, como é o caso dos parlamentos, acabam pecando por ação (quando criam uma Lei contrária ao Texto Maior) ou por omissão (quando deixam de criar uma norma que deveriam ter criado para dar eficácia para a Constituição ou atender aos comandos do Poder Constituinte originário ou derivado). Nestes casos, os legitimados poderão mover uma ação judicial de competência originária do Supremo Tribunal Federal e obter uma decisão de feitos gerais (*erga omnes*) que a todos vincula, por meio do intitulado controle concentrado de constitucionalidade, inclusive, por omissão (art. 102, inciso I, alínea ‘b’ c/c art. 103, §2º da CF e Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999), ou seja, são cabíveis tais ações:

- a) Quando o legislador deixar de executar, de qualquer modo, as imposições constitucionais; b) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; c) quando os atos normativos, que se propõem a realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução. (CAMBI, 2011, p. 250)

Preliminarmente, deve ser consignado que o Supremo Tribunal Federal há muito tempo tem observado os Direitos do grupo LGBTQI+, e dentre os casos de maior repercussão podem ser mencionadas a ADPF nº 132 (BRASIL, 2011), ADI nº 4.275 (BRASIL, 2018), ADI nº 4.277 (BRASIL, 2011b) e o Recurso Extraordinário nº 670422 (BRASIL, 2018b) que afastaram quaisquer dúvidas sobre a impossibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, e ensejaram a criação da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre o tema (BRASIL, 2013). Logo, a ADO nº 26 e o MI nº 4.733 não foram as primeiras decisões da Suprema Corte a proteger a comunidade em comento, não obstante, foram sim inovadoras ao ampliar o rol dos crimes de discriminação e impor a incidência da norma penal quando o preconceito for em desfavor de homossexuais ou de quaisquer de suas categorias.

Nesta senda, o primeiro caso a ser apreciado é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, que foi julgado pelo STF em 13 de junho de 2019 e inseriu entre os crimes previstos na Lei nº 7.716/1989 as condutas discriminatórias praticadas em desfavor de pessoas LGBTQI+, entre os pontos que constou na ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO –
EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E

DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERACÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA “IDEOLOGIA DE GÊNERO” – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA “IN MALAM PARTEM”), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 [...]. APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – 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”). (BRASIL, 2020)

Como é cediço, as ações diretas de inconstitucionalidade não visam discutir um caso concreto certo e determinado, mas sim, permitir que o Supremo Tribunal Federal garanta a integralidade da Constituição Federal. A modalidade por omissão, como sugere a própria terminologia, é cabível quando o Poder Legislativo permanece inerte em relação a um mandamento estabelecido pelo Poder Constituinte originário, ou derivado (decorrente ou reformador).

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 se amolda ao conceito de constituinte difuso, pois, o representante máximo do Poder Judiciário brasileiro, mediante interpretação da Constituição Federal, ampliou a incidência da Lei

de Racismo em favor das pessoas LGBTQI+, ante a inércia do Congresso Nacional em criar uma lei que garantisse o princípio da igualdade.

Em outros termos, um poder constituído, como é o caso do parlamento, não criou uma legislação para atender ao que era a vontade do Poder constituinte, *in casu*, originário, por tal razão, adentra no campo da omissão constitucional, o que pode ser suprido por meio de decisão do STF, que terá efeito *erga omnes*.

E foi o que ocorreu em relação as condutas homofóbicas e transfóbicas praticadas contra a orientação sexual de outrem, que possuem apenas como fundamento tão somente o discurso ou condutas materiais de ódio. Tais comportamentos embora fossem visivelmente contrários ao princípio da igualdade, e acabassem por violar Direitos da personalidade do cidadão de determinada orientação sexual, ainda não estavam resguardados especificamente no Brasil, por isso que o STF passou a considerar essas condutas lesivas como racistas, dando atenção ao que havia sido definido originalmente na Constituição.

De outro lado, o fundamento jurídico adotado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil no julgamento do MI n° 4.733, não foi destoante em relação ao conteúdo da ADO n° 26, assim ementado:

EMENTA: 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, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandato 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. (BRASIL, 2020b)

O mandado de injunção é cabível em casos concretos (não genéricos) quando não houver Lei sobre uma temática constitucional que deveria ser objeto de tratamento legal, notadamente, em contextos de Direitos fundamentais consagrados na Constituição. Tal modalidade de ação encontra fundamento no art. 5º, inciso LXXI c/c art. 102, inciso I, alínea ‘q’, ambos da CF e em nível infraconstitucional na Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

Conforme previsto na ementa acima colacionada, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora do Congresso Nacional, conseqüentemente, fez incidir o efeito *erga omnes* (para todos), no sentido de que a Lei de Racismo nº 7.716/89 se aplica até que o Parlamento crie uma legislação específica sobre a homotransfobia.

Denota-se que, assim como ocorreu com a ADO nº 26, *in casu*, um poder constituído, atendeu ao comando do Poder Constituinte Originário, e por meio da hermenêutica procedeu com ampliação do alcance de uma Lei penal, sem alteração de texto, e por se tratar de uma norma que incrimina condutas contrárias ao princípio da igualdade, sem dúvidas houve maximização desta matéria principiológica.

Deste modo, mostra-se plausível asseverar que, tanto a decisão proferida na ADO nº 26, quanto no MI nº 4.733, ampliaram o alcance do princípio da igualdade, e por terem sido dotados de efeito *erga omnes*, acabaram por reconhecer como crime de homotransfobia, qualquer conduta tendente a discriminar as pessoas LGBTQI+.

2.3. DO RECONHECIMENTO SEGUNDO NANCY FRASER.

A autora estadunidense Nancy Fraser se propôs a construir um pensamento sobre a questão do reconhecimento e a redistribuição, como institutos muitas vezes conflitantes e sempre complementares, para tanto, sua análise é focada no grupo classificada por ela como gênero e raça.

Trata-se do capítulo denominado de “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista”, que compõe o livro “Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea” organizada por Jessé de Souza e publicado no ano de 2001 pela editora Universidade de Brasília (UNB).

O texto original foi assim intitulado: *Justice Interruptus: Critical Reflections on the post-socialist condition*”, publicado na Routledge, em Nova Iorque, no ano de 1997, a edição brasileira em comento, foi traduzida por Márcia Prates. (FRASER, 2001, p. 245)

O capítulo ora discutido possui uma introdução que de plano já esclarece que nos conflitos contemporâneos “identidades grupais substituem interesses de classe como principal incentivo para mobilização política” (FRASER, 2001, p. 245). Logo, a discussão proposta pela autora não diz respeito a questões de classe, mas sim, a grupos que são muitas vezes menosprezados cultural e economicamente.

Diante da constatação de que grupos identitários sofrem não só pela dominação cultural, mas também pela desconsideração de suas necessidades materiais, a autora destaca que tais questões devem ser conciliadas, e não aplicadas de modo contraditório ou anuláveis entre si, por tal razão é que Fraser asseverou:

Nenhuma dessas duas instâncias é adequada. Ambas são atacadistas e sem nuances. Em vez de simplesmente endossar ou rejeitar toda a simplicidade da política de identidade, devemos encarar isso como uma nova tarefa intelectual e prática: a de desenvolver uma teoria crítica do reconhecimento, uma teoria que identifique e defenda apenas versões da política cultural da diferença que possa ser coerentemente combinada com a política social de igualdade. (FRASER, 2001, p. 246)

Denota-se que o propósito de Fraser é teorizar um modelo igualitário em que a cultura e a economia caminhem de forma conjunta, sem que uma acabe por reduzir a outra. Daí o enfoque de sua obra: “ao formular esse projeto, assumo o fato de que a justiça requerer hoje tanto reconhecimento como redistribuição”. (FRASER, 2001, p. 246).

Uma vez constatado o ponto sensível de sua discussão, Fraser adentra efetivamente no dilema redistribuição-reconhecimento, que consiste no fato de que as reivindicações com base na identidade cultural (reconhecimento) passaram a predominar, enquanto que as reivindicações econômicas (redistribuição) retrocederam, contudo, ambas estão inter-relacionadas, em certo momentos de forma sobreposta, imbricada e até conflitantes, e ambas com facetas de injustiça (FRASER, 2001, p. 248).

Ao ilustrar as injustiças de cada uma das hipóteses, Fraser as organiza em um modelo analítico: 1ª) injustiça socioeconômica (redistribuição) que ocorre por meio da exploração, marginalização econômica e privação (FRASER, 2001, p. 249); e 2ª) injustiça cultural ou simbólica (reconhecimento) que decorre de padrões sociais de representação, consistentes em dominação cultural, não-reconhecimento e desrespeito (FRASER, 2001, p. 249-250).

Ao apontar as formas de injustiça, a autora ressalta que, as duas formas estão interligadas no plano concreto e prático, porquanto, é possível que instituições que atuam no âmbito econômico possuam elementos de caráter cultural, e do mesmo modo, há

práticas culturais que necessitam de recursos materiais para ser efetivadas (FRASER, 2001, p. 251). Não obstante, Fraser ainda demonstra que as injustiças em testilha, acabam sendo institucionalizadas por normas Estatais e por modelos econômicos, logo, tal configuração acaba por impedir a participação cultural em determinadas esferas públicas e privadas (FRASER, 2001, p. 251).

Nancy Fraser a seguir vai além do campo da constatação analítica e adentra no campo da proposição de remédios que podem ser adotados pelas sociedades para que as injustiças sejam mitigadas, e quiçá, extirpadas na realidade cotidiana da pessoa humana. Deste modo, é apontado um remédio para a injustiça econômica e outro para a injustiça cultural (FRASER, 2001, p. 252).

Em apartada síntese, o remédio para a injustiça econômica versa sobre a necessidade de reestruturação da política econômica, visando “redistribuição” de renda, entre os mecanismos possíveis, está a reorganização e divisão do trabalho, a sujeição dos investimentos em tomada de decisão democrática, e a transformação das estruturas econômicas básicas (FRASER, 2001, p. 252).

No tocante aos remédios para a injustiça cultural, ponto chave deste estudo, Fraser assevera que é necessário que primeiro haja reconhecimento para que seja possível gerar mudança cultural ou simbólica (FRASER, 2001, p. 252). Para tanto, propõe que ocorram realizações positivas das identidades desrespeitadas, a avaliação positiva do produto cultural de grupos marginalizados e da diversidade cultural, e transformação geral sobre a representação, a interpretação e a comunicação (FRASER, 2001, p. 252), e somente pela observância deste reconhecimento é que a injustiça cultural poderá ser corrigida.

A autora ainda aponta a existência de um dilema, qual seja, as reivindicações de reconhecimento visam valorizar diferenças, e assim gerar, obviamente, diferenciações; enquanto que as reivindicações de redistribuição visam a igualdade material, logo, homogeneizar grupos, o que gera tensão e reflexos entre ambas as formas de reivindicações (FRASER, 2001, p. 254).

Nos parágrafos seguintes, Fraser analisa as classes exploradas, menosprezadas e coletividades ambivalentes. Inicialmente tece exemplos focados na questão de redistribuição, o que gira em torno da economia-política tão somente, e em seguida, exemplifica sobre o reconhecimento necessário para fins de injustiças culturais, especificamente sobre esse ponto o enfoque se assenta na sexualidade menosprezada, *in verbis*:

[...] seu modo de coletividade é de uma sexualidade menosprezada, arraigada na estrutural cultural-valorativa da sociedade. Nessa perspectiva, a injustiça sofrida é basicamente uma questão de reconhecimento. Gays e lésbicas sofrem de heterossexismo: a construção autoritativa de normas que privilegiam heterossexuais. Ao lado disso está a homofobia, desvalorização cultural da homossexualidade. Ao terem sua sexualidade desacreditada, os homossexuais estão sujeitos à vergonha, molestação, discriminação e violência, enquanto lhes são negados direitos legais e proteção igual – todas negações fundamentais de reconhecimento [...]. Consequentemente, o remédio para essa injustiça é reconhecimento e não redistribuição. Superar a homofobia e o sexismo requer mudança nas avaliações culturais (assim como em suas expressões legais e práticas) que privilegiam a heterossexualidade, negando respeito igual para gays e lésbicas e recusando a reconhecer a homossexualidade como um modo legítimo de sexualidade. (FRASER, 2001, p. 257-258)

Sem dúvidas, o trecho acima transcrito é o ponto nevrálgico deste trabalho, pois, é exatamente na questão da proteção legal que o reconhecimento se torna relevante na análise de algumas decisões do STF.

Em sinopse, a autora ainda adentra a questão da ambivalência, que ocorre quando indivíduos necessitam tanto de reconhecimento, como de redistribuição, a primeira no sentido de afirmação, e a segunda, no de transformação, conforme lecionado:

Fraser (2001) propõe, então, que as medidas de reconhecimento e redistribuição sejam discutidas à luz das concepções alternativas de afirmação e de transformação. As primeiras estariam voltadas para “a correção de resultados indesejáveis de arranjos sociais sem perturbar o arcabouço que os gera”, ao passo que as segundas visariam à reestruturação do próprio “arcabouço genérico” que produziria esses resultados (p. 266). Analisando os diversos cruzamentos entre a aplicação de remédios afirmativos e transformativos com políticas de redistribuição e reconhecimento, a autora conclui que os remédios afirmativos produzem efeitos perversos tanto em relação às injustiças econômicas quanto as culturais. No primeiro caso, porque esses remédios acabariam suportando e modelando diferenças de classe, ao invés de aboli-las. No segundo caso porque, como resultante dinâmica da primeira medida, as práticas afirmativas culminariam na estigmatização. Por isso as práticas transformativas seriam, de modo geral, mais aconselhadas, na medida em que têm por alvo a transformação das próprias estruturas macroeconômicas, produtoras das desigualdades, tendendo, portanto, a minar a diferenciação de classe em sua raiz (Fraser, 2001, p. 270). Como consequência, estas promoveriam a reciprocidade e a solidariedade, modificando as próprias relações de reconhecimento, e, consigo, as ambivalências inerentes a certas coletividades. (DADICO, 2016, p. 394)

Isto é, para a autora, o mais adequado é a utilização de práticas transformativas que, como dito acima, estão com seu olhar voltado para o aspecto econômico, que uma vez atendido, acarretaria também o reconhecimento. Ao que tudo indica, a autora não menospreza o reconhecimento, pelo contrário, entende que focar na redistribuição,

impedirá que haja diferenciações no seio social, e com o tempo, o reconhecimento também seria inevitável, não obstante:

A rica análise realizada por Nancy Fraser revela, com boa argumentação, que os problemas que afligem a sociedade como um todo, hoje, não podem ser analisados separadamente, atribuindo à distribuição e ao reconhecimento, pois, uma função conjunta, que seja capaz de suprir as deficiências de cada qual naquilo que for preciso. (GOLDBERG, 2017, p. 2.742)

Embora considere mais relevante a redistribuição à princípio, a sua visão sobre o reconhecimento é paradigmática para o Direito brasileiro, e as decisões do STF acima mencionadas, foram ao encontro do que é defendido pela autora em relação ao reconhecimento, pois, direcionou os holofotes de proteção para a sexualidade menospreza e, de certo modo, restituiu a proteção legal que lhes era sonogada, logo, permitiu a pessoa LGBTQI+ acesso ao princípio da igualdade e efetivou-se o desejo constitucional originário, ou seja: “O Estado tenta, assim, provocar um respeito a todas as diferenças raciais, pretendendo punir a sua infração. O Estado se dispõe, com isso, a garantir o reconhecimento das diferenças culturais, tal como aparece em Fraser, punindo o não reconhecimento” (FERREIRA, 2010, p. 13).

“Somente uma hermenêutica apurada seria capaz de captar a abundância das reflexões contidas nos embates entre Fraser e seus interlocutores para o entendimento da justiça social contemporânea” (OSTERNE, 2016, p. 262). E foi uma interpretação aprofundada do Supremo Tribunal Federal que permite contemplar a forma com que a definição de reconhecimento como remédio para a injustiça cultural trazida por Fraser, se amolda e demonstra a importância de aplicação da igualdade prevista na Constituição Federal brasileira em prol de um grupo que historicamente foi tratado com desigualdade, e como lecionado pela própria autora:

Do ponto de vista do reconhecimento, por contraste, a injustiça surge na forma de subordinação de estatuto, assente nas hierarquias institucionalizadas de valor cultural. A injustiça paradigmática neste caso é o falso reconhecimento, que também deve ser tomado em sentido lato, abarcando a dominação cultural, o não-reconhecimento e o desrespeito. O remédio é, portanto, o reconhecimento, igualmente em sentido lato, de forma a abarcar não só as reformas que visam revalorizar as identidades desrespeitadas e os produtos culturais de grupos discriminados, mas também os esforços de reconhecimento e valorização da diversidade, por um lado, e, por outro, os esforços de transformação da ordem simbólica e de desconstrução dos termos que estão subjacentes às diferenciações de estatuto existentes, de forma a mudar a identidade social de todos. (FRASER, 2002, p. 12)

Denota-se que o reconhecimento é imprescindível para que ocorra a igualdade, e como remédio contra injustiça cultural, sua incidência por meio da “interpretação” (FRASER, 2001, p. 252) indubitavelmente foi externado pelas decisões judiciais

mencionadas neste estudo, demonstrando que o STF em sua competência jurisdicional, acabou por interpretar a Lei Maior de modo a reconhecer a comunidade LGBTQI+, e assim, de modo cogente, impôs uma releitura de um estatuto penal, qual seja, a Lei de racismo.

3. CONCLUSÕES.

Da análise das Constituições da República Federativa do Brasil, é possível denotar que somente a de 1988 (BRASIL, 1988) é que trouxe de fato a previsão de Direitos fundamentais que concretizam o princípio da igualdade, que como asseverado, é uma das bases da dignidade da pessoa humana. Os atos institucionais foram um percalço superado que, obviamente, não dispunham sobre esse relevante princípio.

O princípio da igualdade sem dúvidas rechaça qualquer forma de discriminação, e nessa toada, a previsão também constitucional sobre a criminalização da discriminação, corrobora para a integralidade da igualdade em comento. Por tal razão, é que em nível infraconstitucional foi criada a denominada Lei de Racismo n° 7.716, de 05 de janeiro de 1989 (BRASIL, 1989).

A referida legislação não possui previsão expressa sobre discriminação em desfavor de pessoas LGBTQI+ (homofobia). Entretanto, tal situação chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADO n° 26 (BRASIL, 2020) e do MI n° 4.733 (BRASIL, 2020b), que, por sua vez, ampliou o alcance de incidência desta norma, e reconheceu que condutas discriminatórias praticadas contra a comunidade LGBTQI+ são no território brasileiro, constitucionalmente consideradas como um crime de racismo.

As decisões do STF, mostraram-se inovadoras no tocante a ampliação dos efeitos da norma jurídico-penal, porquanto, mesmo sem haver previsão expressa em suas redações, houve pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, a interpretação de que essas pessoas podem ser consideradas vítimas de crime de racismo, quando houver a desconsideração de seus gêneros.

Ao analisar tais arestos do Poder Jurisdicional, vislumbra-se que esses podem ser considerados como um mecanismo de reconhecimento, nos moldes propostos por Nancy Fraser, especialmente pelo fato de terem feito uma nova interpretação, que segundo a autora, é uma das formas de “transformação geral” previstas como remédio para a injustiça cultural.

Deste modo, é possível asseverar que a pergunta-problema foi respondida positivamente, demonstrando assim que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 (BRASIL, 2020) e no MI nº 4.733 (BRASIL, 2020b) podem ser consideradas como uma forma de reconhecimento segundo o modelo proposto por Nancy Fraser, confirmando assim que o objetivo geral foi alcançado.

Da mesma forma, foi possível denotar que o princípio da igualdade foi maximizado por meio da interpretação judicial que atendeu ao mandado de criminalização da discriminação, fazendo com que a jurisprudência compense a omissão legislativa, o que é fruto da interpretação conforme a constituição e do efeito *erga omnes* oriundo do controle concentrado de constitucionalidade. O que confirma que os objetivos específicos também foram atendidos.

Portanto, resta evidenciado que o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADO nº 26 (BRASIL, 2020) e no MI nº 4.733 (BRASIL, 2020b), se ajustam perfeitamente ao procedimento de interpretação, que é necessária para a transformação geral que deve ser efetiva como remédio contra a injustiça cultural, no modelo de reconhecimento trazido por Nancy Fraser.

REFERÊNCIAS.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BÓRNIA, Josiane Pilau. Discriminação Racial Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. In. PRADO, Luiz Regis. **Leis penais especiais: parte I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-01-64.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-02-65.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 3, de 05 de fevereiro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-03-66.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 4, de 07 de dezembro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-04-66.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-05-68.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 6, de 01º de fevereiro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-06-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 7, de 26 de fevereiro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-07-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 8, de 02 de abril de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-08-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 9, de 25 de abril de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-09-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 10, de 16 de maio de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-10-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-11-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 12, de 01º de setembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-12-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 13, de 05 de setembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-13-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 14, de 05 de setembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-14-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 15, de 11 de setembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-15-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-16-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Ato Institucional nº 17, de 14 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br//CCIVIL_03/AIT/ait-17-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm#art189>, acesso em outubro de 1.967.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>, acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei ordinária federal nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%20C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal.>, acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei ordinária federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm , acesso em novembro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Ordinária Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>, acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>, acesso em dezembro de 2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. STF. **ADPF 132**, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. STF. **ADI 4275**, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2019 PUBLIC 07-03-2019.

BRASIL. STF. **ADI 4277**, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. STF. **ADO 26**, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. STF. **MI 4733**, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em outubro de 2022.

BRASIL. STF. **RE 670422**, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>, acesso em outubro de 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DADICO, Luciana. Relações de gênero e conhecimento em psicologia: contribuições da teoria crítica. In. **Psicologia em Estudo**, Maringá, v. 21, n. 3, p. 389-398, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/PsicolEstud/article/view/31340>>, acesso em outubro de 2022.

FERREIRA, Wallace. Justiça e reconhecimento em Nancy Fraser: interpretação teórica das ações afirmativas no caso brasileiro. In. **Perspectiva Sociológica**. 2010, n° 5/6, p. 01-14. Disponível em: < <https://cp2.g12.br/ojs/index.php/PS/article/view/606>>, acesso em dezembro de 2022.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In. SOUZA, Jessé. **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2.001.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: Redistribuição, reconhecimento e participação. Tradução de Teresa Tavares. In. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 63, Outubro 2002: p. 7-20. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/rccs/1250>>, acesso em dezembro de 2022.

GOLDBERG, Ilan. Reconhecimento e redistribuição – duas faces da mesma moeda? In. **Quaestio Iuris**. Vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2728-2744. Disponível em: <DOI: 10.12957/rqi.2017.30810>, acesso em dezembro de 2022.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. **Manifestação dos direitos da personalidade no processo penal**. (Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas). Maringá: UNICESUMAR, 2021.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. Neoconstitucionalismo e direito penal: uma análise sobre a ponderação do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos na fixação da pena. In. BARBOSA, André WERMUTH, Maiquel MEDEIROS, Carolina de FERREIRA, Márcio. **Crime, Segurança Pública e Sociedade**. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos – Resolução nº 217-A-III da Assembleia Geral de 10 de dezembro de 1.948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>, acesso em dezembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1.966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, acesso em dezembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais também de 1.966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>, acesso em dezembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Proclamação da Conferência de Direitos Humanos, de 13 de maio de 1.968**. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/proclamacao-de-teera/view>>, acesso em dezembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Conferência mundial sobre direitos humanos – declaração e programa de Viena de 1.993**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>, acesso em dezembro de 2022.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: dilemas contemporâneos da Justiça Social no pensamento de Nancy Fraser. In. **O público e o privado**, nº 28 - Julho/Dezembro – 2016, p. 253-264. Disponível em: <<https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/2250>>, acesso em dezembro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.