

# HERMENÊUTICA PENAL E DIREITOS HUMANOS: A HOMOTRANSFOBIA COMO FORMA CONTEMPORÂNEA DE RACISMO

## *CRIMINAL HERMENEUTICS AND HUMAN RIGHTS: THE HOMOTRANSFOBIA LIKE A CONTEMPORANEOUS RACISM*

Thales Braghini Leão\*

Paulo César Corrêa Borges\*\*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Criminalização da homotransfobia pelo STF. 3 Raça e racismo: alcance dos conceitos. 4 Hermenêutica penal. 4.1 Lei penal incriminadora e interpretação. 4.2 Entre interpretação e integração do direito. 4.3 Interpretação evolutiva: formas contemporâneas de racismo. 5 Conclusões. Referências.

**RESUMO:** O artigo propõe-se a analisar o julgamento relativo à criminalização das condutas de discriminação baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero das vítimas. Pretende-se demonstrar que não houve qualquer violação de garantias penais, não havendo sentença aditiva e nem adoção de analogia contra réu. Para fins de demonstração da hipótese, será promovida uma exposição sucinta do contexto do julgamento do caso no Supremo Tribunal Federal brasileiro (ADO 26 e MI 4.733), seguida do aprofundamento teórico a respeito do alcance e significado de raça e racismo, finalizando-se com o deslocamento da análise do problema para a hermenêutica penal, campo próprio para averiguação da conformidade da decisão com as regras específicas das ciências criminais, levando em conta suas proteções mínimas de índole liberal e garantista. Também se buscará uma primeira análise a respeito da eficácia da decisão e sua repercussão quanto à proteção de direitos humanos. O vocábulo “homotransfobia” é um neologismo originado da fusão entre os termos homofobia e transfobia, que se referem a homossexuais e transexuais, com o acréscimo do sufixo “fobia”, o qual caracteriza o preconceito e a discriminação.

**Palavras-chave:** homofobia. homotransfobia. formas contemporâneas de racismo. STF ADO 26. STF MI 4.733.

**ABSTRACT:** *The present paper aims to analyze the judgment about the criminalization of the discrimination based on the sexual orientation or gender identity of the victims. Our purpose is to demonstrate that there was not any violation of criminal guarantees. Neither additive sentence nor adoption of analogy against defendant. For reach that goal, we will promote a analysis of the*

\* Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Unesp Franca.

\*\* Possui graduação (1990), é mestre (1998) e doutor (2003) em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla (Departamento de Filosofia del Derecho) - Espanha (2012) e na Universidade de Granada (Departamento de Derecho Penal). Atualmente é Professor Assistente-doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Público da UNESP. Promotor de Justiça do MPSP.

Artigo recebido em 19/08/2020 e aceito em 24/04/2021.

**Como citar:** LEÃO, Thales Braghini; BORGES, Paulo César Corrêa. Hermenêutica penal e direitos humanos: a homotransfobia como forma contemporânea de racismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 24, n. 39, p. 367-396. jan./jun. 2020. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

*case judged by the Brazilian Supreme Court (ADO 26 and MI 4.733), followed by a deep analysis about the scope and the meaning of race and racism. Lastly, we pretend to move the discussion to the criminal hermeneutics, which is the proper field to verify the conformity of the decision with the special rules of the criminal sciences and its minimal protections, fruits of the liberal thoughts. We will also seek a first analysis about the effectiveness of the decision and its impact on the protection of human rights. The word “homotransphobia” is a neologism originated from the fusion between the words homophobia and transphobia, related to homosexuals and transsexuals, with the suffix “phobia”, which characterizes prejudice and discrimination.*

**Keywords:** *homophobia. homotransphobia. contemporaneous forms of racism. STF ADO 26. STF MI 4.733.*

## INTRODUÇÃO

Pretende-se fazer uma análise jurídica, focada na hermenêutica da lei penal, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26 e do Mandado de Injunção (MI) número 4.733, cuja tese final foi editada pelo Plenário daquela corte de justiça em 13 de junho de 2019.

Tratava-se de julgamento em sede de processo constitucional objetivo no qual se pretendia a declaração de mora do Congresso Nacional em tipificar condutas consideradas homofóbicas ou transfóbicas e, por consequência do reconhecimento da inércia do parlamento, determinar a subsunção das referidas condutas ao tipo penal do racismo.

Discute-se se a solução adotada pelo STF conflita com a proteção mínima conferida pelo garantismo penal, especialmente no que se refere à parte da decisão em que se entendeu possível a superação da mora legislativa para fins de conferir uma tutela penal positiva dos direitos humanos envolvidos no caso. O presente artigo pretende trabalhar esta questão do ponto de vista da hermenêutica da lei penal incriminadora e suas especificidades, ampliando-se as bases de discussão encontradas nos votos condutores da decisão, que não aprofundaram as questões metodológicas das ciências penais.

Não se adota neste artigo a concepção de que a tutela penal de direitos humanos autorize a relativização ou a total eliminação das questões procedimentais ou mesmo daquelas referentes às garantias penais caracterizadoras da tutela penal negativa, entendendo-se aqui que “A tutela penal dos direitos humanos implica na observância do garantismo penal negativo, que limita a atuação da persecução criminal, contrapondo os direitos fundamentais à intervenção estatal [...]” (BORGES, 2012, p. 87).

Parte-se do princípio de que os limites à atuação do Estado-penal não são apenas puro formalismo ou reflexo do excesso positivista. Não se

pretende negar a importância do garantismo penal liberal na consolidação da racionalização do poder punitivo, embora não haja espaço neste trabalho para fins de ampliação do debate envolvendo especialmente a questão de seletividade de classes no sistema penal e outros relevantes pontos de reflexão a respeito de suas notórias deficiências e insuficiências para fins de proteção de bens jurídicos.

Cabe apenas pontuar que a utilização das ferramentas próprias do direito penal pode se mostrar de alguma utilidade para o respaldo do Estado na incessante luta pelos direitos humanos, não havendo aí qualquer índole punitivista (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 82-83). E por isso mesmo tem-se a importância de adotar-se a postura de equilíbrio entre o garantismo penal (tutela negativa) e a tutela penal dos direitos humanos (tutela positiva).

Além de não se poder desprezar que qualquer prática flexibilizadora de direitos fundamentais, ainda que a pretexto de proteção de minorias fragilizadas, invariavelmente se volta contra o objeto de proteção, servindo mais àqueles que detêm o poder jurídico e social.

Adverte-se, aqui, que a abertura do sistema penal com total desprezo a garantias mínimas poderia ensejar, por exemplo, a tentativa de utilização do precedente objeto deste artigo para o fim de criminalização da atividade dos movimentos sociais, como as lutas por terra e moradia, uma vez que a inclusão ou não dessas mobilizações nas condutas típicas de terrorismo é algo que se tenta no Congresso Nacional, embora ainda sem êxito. Poderia um partidário dessa ideia promover uma ADO solicitando que o STF declarasse a inércia parlamentar na proteção da propriedade e colmatasse a lacuna com uma sentença aditiva penal criando lei incriminadora.

Portanto, não se adota na presente pesquisa a concepção de que a tutela penal de direitos humanos autoriza ou até mesmo incentiva o desrespeito das garantias mínimas penais, motivo pelo qual se justifica uma análise mais aprofundada da decisão a respeito da criminalização da homotransfobia e a existência ou não de frustração do garantismo penal na forma como construído no Brasil, tentando afastar as críticas que entenderam que o STF fez o certo mas por meios equivocados.

Metodologicamente, a análise será feita por meio da exposição detalhada do julgamento sobre a criminalização da homotransfobia, passando-se por uma importante conceituação de raça, ocasião em que será rememorado o precedente no qual o STF se baseou para a adoção do conceito amplo de racismo.

Então, avança-se para a análise das questões específicas de direito penal, vistas do ponto de vista da hermenêutica das leis penais incriminadoras, para tentar demonstrar que não houve qualquer violação das garantias penais mínimas por ocasião do referido julgamento. Nem houve criação de tipo penal por meio de decisão judicial aditiva, o que violaria diretamente o princípio penal da legalidade, e nem mesmo houve criminalização por analogia, o que indiretamente afrontaria a noção decorrente da própria legalidade de que não se pode admitir analogia contra o réu (*in malam partem*).

Necessária, por fim, uma prévia explicação a respeito da terminologia utilizada inclusive no título do presente artigo.

O vocábulo “homotransfobia” é um neologismo originado da fusão entre os termos homofobia e transfobia, que se referem a homossexuais e transexuais, com o acréscimo do sufixo “fobia”, o qual tem referência direta com preconceito ou atos de discriminação e não propriamente o seu outro significado, de medo. (VECCHIATTI, 2017, p. 88) Busca-se apenas facilitar a representação gráfica das agressões direcionadas a pessoas que não necessariamente possuem identidade de comportamentos sociais e concepções de vida entre si.

Inegável, assim, que a pesquisa adota a noção de que a vivência humana não se esgota na relação binária entre os sexos (homem e mulher). A questão da sexualidade é muito mais complexa do que a simples contemplação da natureza de corpos humanos e envolve comportamentos e visões de mundo. Admite-se neste trabalho a concepção de que o sexo biológico pode ou não ser determinante para as afinidades sexuais da pessoa.

Surge daí a importante noção de que quando se fala em homofobia, trata-se de ação discriminatória perpetrada contra pessoas homossexuais, como sendo aquelas que se identificam com o respectivo gênero biológico, mas demonstram afetividade pelo mesmo gênero que elas, ainda que apenas eventualmente (de modo a também se incluir nesta categoria os chamados bissexuais).

Ao seu turno, quando se fala em transfobia refere-se à ação discriminatória contra as pessoas que não possuem a identidade entre o gênero biológico e o seu comportamento social efetivo. São aquelas pessoas que, embora tenham nascido com órgãos genitais tipicamente masculinos, por exemplo, entendem-se pertencentes ao gênero feminino. Para fins de facilitação de estudo, incluem-se aqui tanto transexuais quanto travestis, não se desprezando as peculiaridades de cada caso e de outras situações

ainda mais específicas na expressão da sexualidade humana, para além do binarismo do sistema sexo-gênero. (BRAGA; SERRA, 2018, p. 85).

Ilustrativo o resumo elaborado por Paulo Roberto Vecchiatti (2017, p. 88), que é um dos advogados signatários das petições dirigidas ao STF (ADO 26 e MI 4.733) e cujos ensinamentos na obra em referência também foram utilizados como fundamentação nos votos dos ministros. Para o citado autor:

[...] a orientação sexual refere-se à homossexualidade, à heterossexualidade e à bissexualidade, por se referir ao sexo/gênero que atrai a pessoa de forma erótico-afetiva, ao passo que a identidade de gênero refere-se à travestilidade, à transexualidade, à transgeneridade em geral e à cisgeneridade por se referir ao gênero com o qual a pessoa se identifica.

Como bem lembrado no voto do ministro Celso de Mello (BRASIL, 2019, p. 15) no julgamento em análise neste artigo, a sigla LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Travestis) é útil para facilitar a discussão, embora não seja suficiente para integrar todas as pessoas e suas formas de vivência. Mesmo assim, é importante considerar a necessidade de adoção de terminologia que seja ao mesmo tempo inclusiva e não excludente, mas sem desprezar a importância de se centrar o debate no ponto que mais interessa, que é a discriminação praticada contra essas pessoas.

Por tais motivos, o presente trabalho deixará de discorrer a respeito de aprofundadas questões terminológicas e passará à abordagem do assunto que interessa no âmbito penal. A ideia é que apenas não haja qualquer visão excludente das pessoas na proteção jurídica que ora se debate, sejam elas homossexuais, transexuais ou travestis ou quaisquer outras pessoas que se sintam representadas nesta importante discussão sobre direitos humanos.

O vocábulo homotransfobia (ou mesmo LGBTfobia) surge assim como uma forma de simplificar a nomenclatura para fins de debate, mas sem menosprezar a importância das lutas diárias vivenciadas por todas as pessoas que se tenta representar nessa simbologia gráfica.

## **1 CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELO STF**

No julgamento conjunto da ADO 26 e MI 4733, o Plenário do STF acolheu em parte as referidas ações e decidiu que o Congresso Nacional encontra-se em mora em relação ao seu dever constitucional de tipificar

criminalmente condutas atentatórias à população LGBT, bem como pela possibilidade de suplantação desse quadro de ineficiência legislativa por meio de declaração de interpretação conforme a Constituição Federal no sentido de adoção do chamado conceito amplo de racismo, de modo a entender como possível a utilização das sanções penais da Lei 7.716/1989 (Lei do Racismo) para os casos de discriminação homotransfóbica.

Embora não seja o ponto central da presente pesquisa, tem-se como necessária a explanação ainda que sucinta a respeito de características essenciais das ações em referência, especialmente porque essas análises possuem direta correlação com a temática central desta pesquisa.

Referidas ações constitucionais integram o chamado processo constitucional objetivo, dada a natureza especial da lide, que não se sujeita aos interesses particulares de partes específicas. A atribuição do STF como corte constitucional está prevista no artigo 103 da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto às alíneas “a” e “q”, bem como nos parágrafos primeiro e segundo do mesmo artigo. Não se pretende neste artigo maior aprofundamento dos requisitos específicos do processo objetivo, cabendo apenas realçar que em nosso sistema jurídico-republicano é da essência do STF a atribuição de proteção da Constituição Federal, incluindo o dever de combater as omissões inconstitucionais, quando devidamente provocado a tanto.

A Lei 9.868/1999 dispôs sobre o processo e julgamento das ações objetivas, tendo sido incluída por meio da Lei 12.063/2009 a possibilidade expressa de o STF admitir e processar ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, que têm por finalidade determinar o cumprimento de dever constitucional de legislar ou adotar a providência necessária, quando de índole administrativa (art. 12-B da Lei 9.868/1999).

Por sua vez, o mandado de injunção é ação também voltada ao controle das omissões do poder público, no entanto há algumas diferenças entre os referidos mecanismos de controle da inércia inconstitucional.

Pode-se pontuar que se diferenciam pela abrangência da proteção, visto que a ADO é o meio abstrato de combate da omissão realizado principalmente pelo STF e cujo resultado do julgamento é necessariamente geral e vinculante, ao passo que o mandado de injunção tem natureza mais concreta, que tem como intenção permitir o imediato exercício do direito constitucional a despeito da omissão de regulamentar. Naturalmente, as ações muito se aproximam em diversas situações, especialmente quando se trata de mandado de injunção coletivo.

Também há distinções quanto ao rol de legitimados a propor as respectivas ações, sendo ele muito mais restrito no que tange à ADO, conforme se verifica do art. 12-A da Lei 9.868/1999, o qual iguala os legitimados à propositura da ADO àqueles previstos no texto constitucional para ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Por outro lado, podem propor o mandado de injunção quaisquer interessados que se vejam impedidos de exercer um determinado direito constitucional por conta da mora em legislar ou regulamentar.<sup>1</sup> Entretanto, a admissibilidade das ações depende da demonstração de uma “correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e a constatação de inércia congressual, de outro, de tal forma que, inadimplida a obrigação jurídico-constitucional de produção de provimentos legislativos, tornar-se-á possível imputar comportamento moroso ao Estado [...]” (BRASIL, 2019, p. 42).

Ainda em sede preliminar a respeito da admissibilidade das ações, os votos dos ministros discorreram fartamente a respeito da situação concreta da população LGBT no Brasil e a ausência completa de proteção jurídica, em desacordo com as exigências constitucionais. Em resumo, houve menção a inúmeros fatos retratados em notícias de jornal nos quais houve violência física ou psicológica decorrentes de intolerância por orientação sexual ou identidade de gênero.

É que não se admite qualquer omissão como objeto de controle constitucional pelo Poder Judiciário. São apenas as lacunas sensíveis e impeditivas do exercício de direitos fundamentais que são vistas como possíveis de serem objeto da proteção jurídica no sistema objetivo de controle das omissões.

No âmbito específico do direito penal, fala-se dos “mandados constitucionais de criminalização” (FALEIROS JÚNIOR, 2012, p. 109), que seriam as obrigações previstas no texto constitucional para que o legislador infraconstitucional crie tipos penais, por meio de leis, para os fins de proteção específica de determinados bens jurídicos eleitos na constituição, tais como ocorre quanto às condutas de tráfico de entorpecentes (artigo 5º, XLIII da Constituição Federal de 1988) e, o que nos importa nessa análise, as condutas de “discriminação atentatória dos

<sup>1</sup> No caso em análise, não houve polêmica a respeito da legitimidade dos postulantes, reconhecida no julgamento sem grandes resistências. Também não houve grandes embates quanto à admissibilidade das ações, sendo amplamente aceita a tese da necessidade de intervenção no quadro inconstitucional de omissão do parlamento. Todavia, o mesmo não se diga em relação ao mérito e as consequências da decisão, palco de intensa discussão no julgado.

direitos e liberdades fundamentais” (inciso XLI do citado artigo), bem como a prática de racismo (inciso XLII).

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes recordou que em tais hipóteses de existência de mandado constitucional de criminalização, o uso do direito penal para fins de proteção não é uma faculdade do legislador infraconstitucional, mas sim um padrão protetivo mínimo que precisa ser necessariamente respeitado (BRASIL, 2019, p. 25).

Em decorrência deste raciocínio, tem-se que havendo mandamento constitucional de criminalização a natureza fragmentária e subsidiária do direito penal foi admitida pelo próprio legislador constituinte, não havendo espaço para qualquer discussão a respeito destes importantes princípios quando há no texto da constituição ordem para criação de tipos penais específicos. É a constituição que define a importância do bem jurídico a ser protegido (fragmentariedade), bem como que embora possam existir meios não penais que sejam eficazes no caso concreto, o Estado tem o comando constitucional para se valer da proteção penal diante de determinadas situações em que sua aplicação seja necessária, por insuficientes os demais (subsidiariedade).

Entendeu o STF que os inúmeros projetos de lei propostos à discussão no Congresso Nacional para proteção da população LGBT não conseguiram render frutos aptos à proteção dos direitos daquelas pessoas, havendo menção nos votos dos ministros às infundáveis idas e vindas de projetos de lei que sequer chegavam à votação final. Vale dizer, entenderam os ministros que não basta a simples discussão jurídica do problema, sendo necessária a criação real do sistema protetivo, o que não ocorreu até o momento da prolação da decisão pelo Plenário do STF, embora passadas três décadas da promulgação da constituição.

Em sede de controle concreto da omissão sempre se discutiu a respeito do resultado do julgamento, surgindo uma primeira corrente de pensamento que sustentava a possibilidade de apenas se declarar a mora do congresso, em respeito à separação de poderes. Essa visão era defendida pela maioria dos integrantes do STF na década de 1990, principalmente nos votos do ministro Moreira Alves. Também era sustentada em sede doutrinária, especialmente por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (PFEIFFER, 1999, p. 80).

Em seu voto no caso ora em análise, o ministro Luís Edson Fachin (BRASIL, 2019, voto do Min. FACHIN, p. 21 e seguintes) fez uma interessante digressão histórica a respeito do posicionamento adotado pelo STF ao longo dos tempos, lembrando que a primeira corrente foi superada pelo STF, havendo precedentes em que se autorizou o imediato exercício

do direito cuja regulamentação é omissa, como no paradigmático caso do exercício de greve por servidores públicos (BRASIL, 2007).

Referido julgamento foi o precursor da chamada corrente concretista direta geral no sistema constitucional das omissões, visão esta que se sustenta principalmente na inafastabilidade do controle jurisdicional, cujo resultado do julgamento precisa ter efetividade para que se obtenha “tudo aquilo e exatamente aquilo que tenha direito de conseguir.” (PFEIFFER, 1999, p. 84).

Essa perspectiva concreta, de certo modo, já era defendida pelos críticos da primeira corrente, como Celso Agrícola Barbi e o ministro Barbosa Moreira (PFEIFFER, 1999, p. 84). Ela aponta que o Judiciário tem o poder de não apenas declarar a mora inconstitucional, mas também de resolver diretamente o problema e com efeitos vinculantes para todos (*erga omnes*). Embora o Congresso Nacional não tenha cumprido o seu dever de editar norma regulamentadora do direito de greve de servidores públicos, o STF entendeu que essa categoria de trabalhadores poderia exercer o direito à paralisação inobstante à inércia congressual, sendo então aplicável por meios analógicos o quanto está disposto na lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei 7.783/89).

Portanto, não se trata propriamente de atuação como legislador positivo, na medida em que o STF não editou uma regulamentação contendo artigos e incisos a respeito de como deve ser exercitado o direito e suas limitações. Embora houvesse pensamento sustentando até mesmo a possibilidade de o judiciário editar uma sentença aditiva, nos moldes do que seria autorizado pelo direito italiano (MENDES et al., 2008, p. 1.215).

O que se fez foi apenas declarar que há uma omissão inconstitucional que poderia ser suprida com a aplicabilidade temperada de dispositivo legal já existente, ao menos até que o congresso exerça sua competência precípua e regule a matéria com suas especificidades. Curioso que isso ainda não foi feito, mesmo após mais de uma década do julgamento dos referidos mandados de injunção garantindo aos servidores públicos o exercício do direito de greve.

Voltando-se ao caso central do presente artigo, foi decidido por maioria de votos que seria possível aplicar de imediato as disposições contidas na Lei do Racismo para criminalização de condutas atentatórias aos direitos da comunidade LGBT, cujos delineamentos a respeito de tipicidade, ilicitude e antijuridicidade naturalmente devem ser observados em cada caso concreto.

Conforme se infere da análise dos votos vencedores, foi resgatado precedente histórico do STF sobre sua interpretação a respeito do alcance da palavra “racismo”, conforme restou consagrado no chamado Caso Ellwanger, originário de julgamento em sede de *Habeas Corpus* (BRASIL, 2003), o qual será objeto de análise no próximo item.

## 2 RAÇA E RACISMO: ALCANCE DOS CONCEITOS

O HC 82.424/RS foi impetrado no STF, em 2002, em favor do paciente Siegfried Ellwanger, que havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 1996 a dois anos de reclusão em regime aberto, com pena privativa de liberdade convertida em prestação de serviços, porque teria ele publicado e feito publicar artigos e livros discriminatórios contra a comunidade judaica, inclusive negando a existência do holocausto judeu (LAFER, 2005, p. 97-98).

O mérito principal da referida impetração no STF consistia no argumento de que agressões por motivos religiosos não podem ser consideradas como racismo, eis que ausente previsão expressa ao elemento religião no texto constitucional quando fala de combate ao racismo.

A questão envolvia, portanto, a amplitude do vocábulo “racismo” na forma como previsto no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que além de estipular um mandado de criminalização ainda determinou a imprescritibilidade do crime correlato. O impetrante pleiteava que fosse adotado um conceito restrito do termo, que englobaria apenas a discriminação decorrente do preconceito pela cor da pele, embora a Lei do Racismo tenha tipificado criminalmente também a conduta violadora de direitos de origem religiosa (artigo 1º da Lei 7.716/1989).

Explicando tal questão, André de Carvalho Ramos (2019, p. 784) assim leciona:

Para aqueles que defendem o conceito restrito de racismo, este consistiria em preconceito baseado em cor da pele e outros traços fenotípicos. Assim, os crimes previstos na Lei n. 7.716/89 (vista acima) teriam tratamento jurídico desigual: os crimes de discriminação por raça ou seriam inafiançáveis, imprescritíveis e sujeitos à pena de reclusão, por ordem expressa da CF/88 (art. 5º, XLII). Já os crimes de discriminação por religião ou procedência nacional não sofreriam tal rigor. Seriam, por exemplo, prescritíveis.

A adoção de tal entendimento significaria, então, dizer que a prática delitiva pela qual o paciente havia sido condenado em 1996 encontrava-se já prescrita quando impetrou o seu *Habeas Corpus* no ano de 2002 (LAFER, 2005, p. 98).

Contudo, o STF não aceitou a tese. Por maioria de votos, a corte adotou o conceito amplo de racismo, visto do ponto de vista social e histórico e não meramente biológico, “consistindo em uma prática que visa inferiorizar, ultrajar e estigmatizar um determinado agrupamento humano por motivo odioso” (RAMOS, 2019, p. 784).

Desta maneira, entendeu-se que todas as condutas tipificadas na Lei do Racismo (discriminação ou preconceito contra raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) fazem parte do estatuto constitucional referente ao combate ao racismo, que inclui o tratamento mais severo da inafiançabilidade, imprescritibilidade e imposição de pena de reclusão.

O ponto determinante para adoção da tese ampla residiu na constatação de inexistência de base científica para a categorização de raças humanas, tal como se pensava. A esse respeito, Ísis Aparecida Conceição (2010, p. 26) bem elucida a questão a respeito da origem do uso da palavra:

Em 1758, o botânico sueco Carl Von Linné, ou Carolus Linnaeus, - criador do atual sistema de classificação dos seres vivos - deu à humanidade o nome científico de *Homo sapiens* e a dividiu em quatro subespécies: os vermelhos americanos, “geniosos, despreocupados e livres”; os amarelos asiáticos, “severos e ambiciosos”; os negros africanos, “ardilosos e irrefletidos”, e os brancos europeus, “ativos, inteligentes e engenhosos”. Assim, diante dessa noção de que dentro da espécie humana existiriam raças, surge também a ideia do valor de cada uma em relação a outra. Etimologicamente, a palavra raça é um termo de origem italiana, “razza”, a sua raiz latina já trazia a ideia de espécies, tipos.

Daí que esta noção científica de raça passou a ser utilizada de maneira nociva, como elemento apto a subsidiar a suposta supremacia de uma das raças humanas em detrimento das outras. Ocorre que ao final da segunda guerra a Organização das Nações Unidas (ONU) promoveu nos anos 1950 um estudo multidisciplinar incluindo cientistas de diversos países e áreas de pesquisa, “que concluiu que não existe raça humana, mas apenas adaptações do corpo ao regime local de cada população.” (CONCEIÇÃO, 2010, p. 28).

Interessante é que o referido estudo concluiu que a antiga divisão em raças não tem utilidade nem mesmo para a área da saúde:

Mesmo para analisar doenças e perfil genético o conceito de raças não mais tem utilidade biológica, porque pode ocorrer de um povo ter em comum com outro apenas a cor da pele e pouca carga genética a respeito da predisposição para a doença investigada. E ser possível achar a mesma predisposição entre africanos e europeus, embora com a cor da pele diferente. (CONCEIÇÃO, 2010, p. 28).

Como se vê, admitiu-se que a palavra raça pouco significa do ponto de vista biológico, uma vez que os seres humanos possuem características genéticas oriundas de um mesmo grupo ancestral, o que supera a noção de um racismo científico. O fenômeno é estritamente político e histórico:

Raça não é um termo fixo, estático. Seu sentido está inevitavelmente atrelado às circunstâncias históricas em que é utilizado. Por trás da raça sempre há contingência, conflito, poder e decisão, de tal sorte que se trata de um conceito relacional e histórico. Assim, a história da raça ou das raças é a história da constituição política e econômica das sociedades contemporâneas.

Foram, portanto, as circunstâncias históricas de meados do século XVI que forneceram um sentido específico à ideia de raça. A expansão econômica mercantilista e a descoberta do novo mundo forjaram a base material a partir da qual a cultura renascentista iria refletir sobre a unidade e a multiplicidade da existência humana. Se antes desse período ser humano relacionava-se ao pertencimento a uma comunidade política ou religiosa, o contexto da expansão comercial burguesa e da cultura renascentista abriu as portas para a construção do moderno ideário filosófico que mais tarde transformaria o europeu no homem universal (atentar ao gênero aqui é importante) e todos os povos e culturas não condizentes com os sistemas culturais europeus em variações menos evoluídas. (ALMEIDA, 2019, p. 24-25).

Daí já se observa que a definição de raça é algo flutuante na história e não um conceito biológico e que “Os eventos da Segunda Guerra Mundial e o genocídio perpetrado pela Alemanha nazista reforçaram o fato de que a raça é um elemento essencialmente político, sem qualquer sentido fora do âmbito socioantropológico.” (ALMEIDA, 2019, p. 31).

Por sua vez, assim explica Celso Lafer (2005, p. 101):

O sequenciamento do genoma humano confirmou que só existe uma raça - a raça humana. Assim, é certo que os judeus não são uma raça, mas não são uma raça os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos, os árabes e quaisquer outros integrantes da espécie humana.

Entender o termo raça previsto em nosso ordenamento jurídico como um elemento de natureza puramente biológico esvaziaria por completo o seu conteúdo, trazendo à tona a figura do “crime impossível pela inexistência do objeto: as raças, até mesmo a ‘raça negra’ à qual se endereçaria especificamente o preceito constitucional [...]” (LAFER, 2005, p. 102).

A inexistência de uma noção científica de raça não significa ser desnecessária a proteção contra as práticas de racismo, pois “não existe raça do ponto de vista biológico, mas ela é inegável na sociedade, existem no mundo social na cabeça daqueles que acreditam que há diferenças entre humanos e tratam grupos de modo inferiorizado.” (CONCEIÇÃO, 2010, p. 27).

Em sua obra “Racismo recreativo”, Adilson José Moreira concorda que o racismo é decorrência de um processo histórico colonial em que o homem branco europeu se impôs como centro e parâmetro do mundo (MOREIRA, 2019b, p. 42-43) e alerta que as práticas discriminatórias não são apenas aquelas explícitas, não se podendo esquecer daquelas estruturais (embutidas no sistema) e também aquelas camufladas no pano de fundo do humor e da descontração. O autor reforça que a sociedade não nega que existe racismo. Mas paradoxalmente ao mesmo tempo ninguém se vê como racista, criando o curioso fenômeno de um “racismo sem racistas” (MOREIRA, 2019b, p. 31).

O contexto brasileiro é ainda mais marcante e diretamente reflexo dos raciocínios eurocentristas acima expostos:

Com a Proclamação de 1889, ano e meio após a abolição, e a extensão da cidadania nacional (limitada pela renda e excludente das mulheres) em 1891 a todos os grupos populacionais aculturados, o Brasil descobriu a “raça”. Descobriu e apavorou-se. Ao contrário do império escravocrata, “caucasiano” trigueiro com poucas exceções entre os cidadãos ativos, a República reconhecia-se constitucionalmente policrômica, mas não gostava do que via. Para “civilizar-se” - e suplementar a mão-de-obra faltante desde o fim do tráfico negreiro - recorreu à imigração européia dirigida (apenas a contragosto abriu as portas à imigração japonesa). Isso porque, conforme então se entendia como verdade evidente, teorizada por ideólogos

ilustres, cultura e civilização somente poderiam ser brancas. Assim o mostrara eternamente a Europa, e o confirmava no presente sua filha mais bem sucedida: a “América” - do Norte. (ALVES, 2013, p. 66-67).

Naturalmente a decisão naquele caso não ficou imune a críticas, apontando-se que os votos se valeram mais “dos argumentos pessoais e das razões de foro íntimo do decididor do que dos termos da normatização posta.” (OLIVEIRA, 2015, p. 54).

Voltando-se ao caso da criminalização da homotransfobia, verifica-se que a maioria de votos que se formou no sentido de ser possível o enquadramento das práticas discriminatórias por orientação sexual e identidade de gênero na Lei do Racismo apenas promoveu o resgate do Caso Ellwanger e aplicou o mesmo raciocínio jurídico anteriormente adotado pela corte no que tange à noção ampla de raça e racismo. E, naturalmente, a concretude dos efeitos do julgamento teve como base o citado precedente a respeito do direito de greve dos servidores públicos. Contudo, pouco se aprofundou nas sutis diferenças entre as situações fáticas postas a julgamento, as quais não devem ser desprezadas.

No Caso Ellwanger havia lei expressa e abstratamente tipificando a conduta discriminatória de fundo religioso. O efeito concreto foi apenas quanto à aplicabilidade do regime jurídico mais severo previsto no texto constitucional, quanto à prescrição. Claramente não se poderia falar ali em sentença aditiva de tipo penal em desrespeito à legalidade estrita, pois o tipo estava expressamente previsto na lei.

O mesmo se diga quanto ao paradigmático julgado quanto ao exercício do direito de greve. Embora inexistente lei para os trabalhadores do serviço público, ela existia para os trabalhadores em geral. E o STF não criou um estatuto próprio, com regras e delineamentos de como um servidor público poderia exercer o seu direito à greve. Apenas determinou que a regra geral dos trabalhadores deveria ser utilizada para salvaguardar os direitos dos trabalhadores em regime especial até que houvesse criação de lei própria. Não existisse a lei geral, provavelmente o STF não teria determinado a concretude dos efeitos naquele julgado. Aqui houve uso de analogia para suplantar a falta de lei para o caso, mas que refoge ao campo penal.

No caso da homotransfobia, a princípio, a situação parece ser diversa porque ausente qualquer referência na lei quanto à proteção da orientação sexual e identidade de gênero. Além disso, por se tratar de estatuto afeto à liberdade dos indivíduos tem-se que o poder estatal é mais

temperado, com a incidência de regras e princípios de índole garantista da sociedade como a legalidade estrita, que exige que uma punição criminal seja previamente descrita em lei federal.

Dadas as peculiaridades do sistema penal no que tange à criminalização de condutas, tem-se como pertinente o maior aprofundamento das questões próprias da interpretação da lei penal incriminadora, na tentativa de afastar o entendimento de que houve sentença aditiva e reafirmar o necessário equilíbrio entre a tutela penal de direitos humanos (aspecto positivo) e o garantismo penal (aspecto negativo) como forma de legitimar o uso do direito penal para a proteção de direitos realmente importantes para a sociedade e não meramente aqueles de índole tipicamente patrimonial. Com isso, tem-se “uma noção de incremento do nível geral de proteção dos direitos humanos pelo conjunto do sistema penal, o que impõe, como consequência, maiores cuidados na busca de esclarecimento das lesões aos valores fundamentais das sociedades democráticas”. (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 71).

Anota-se mais uma vez que isso não significa que esteja sendo adotada a concepção de que o sistema penal é suficiente para a efetividade de direitos humanos, pensamento este que tem gerado críticas da doutrina quanto aos julgamentos da Corte Americana de Direitos Humanos, a qual vem reiteradamente condenando os Estados-parte pela ausência de proteção específica de direitos humanos. Embora a pesquisa de Raquel da Cruz Lima (2018, p. 127) tenha apontado que o chamado neopunitivismo não é verdadeiramente a tônica dos julgamentos daquela corte internacional, sendo tais afirmações decorrentes de defeitos de amostragem de casos. A autora aponta que as conclusões a tal respeito partem “de decisões da Corte em alguns poucos casos para generalizar a conclusão de que o Sistema Interamericano confia cegamente na justiça criminal para proteger os direitos humanos.” (LIMA, 2018, p. 128).

### **3 HERMÊUTICA PENAL**

Considerando que foi adotado o conceito amplo de raça e racismo desde o julgamento do Caso Ellwanger e posteriormente levada tal noção às situações de homotransfobia, com adoção de efeitos concretos nos julgamentos, conforme acima descrito, surge a importância de melhor investigar a respeito da técnica de interpretação da lei penal, especialmente aquela de natureza incriminadora.

### 3.1 Lei penal incriminadora e interpretação

De início, não se pode perder de vista que é decorrência óbvia da adoção de uma tripartição de poderes (ou de funções do mesmo poder, para ser mais técnico), na forma como arquitetado no iluminismo e fartamente utilizado nas revoluções liberais, que o Poder Judiciário não pode editar normas de efeitos gerais e abstratos, dado que a sua função precípua é a de julgar e não legislar, o que cabe ao Poder Legislativo (SILVEIRA, 1968, p. 25).

Mais do que isso, em se tratando de lei penal incriminadora, incide a lógica da máxima taxatividade, que “implica a proscrição de qualquer integração analógica de lei penal, impondo sua interpretação rigorosa como regra geral.” (ZAFFARONI, 2018, p. 239). Isso é, no campo da incriminação de condutas o respeito à lei reflete-se como uma garantia do Estado Democrático de Direito, sendo a legalidade traduzida como garantia de que somente a lei pode imputar sanção penal e descrever condutas e, indo mais além, vedando-se subterfúgios interpretativos que possam tornar imprevisível a incidência da norma penal.

Ocorre que a tensão entre as atividades de julgar e legislar não tem nada de novo na história do direito:

Ainda que na Grécia clássica e em Roma, se tentasse, em certas épocas, cercear os poderes dos juizes, a fim de não se prejudicar a liberdade e a segurança dos indivíduos, esta tendência só triunfou de forma acabada com a Revolução francesa, através das declarações de direitos, das constituições escritas, das codificações, dos métodos de interpretação - clássico e exegético - enfim: da limitação máxima aos poderes do juiz. (SILVEIRA, 1968, p. 25).

Com as revoluções liberais do século XVIII foi amplamente disseminada a noção de que a lei deveria encerrar o conteúdo e alcance do direito, pouco espaço cabendo à atividade interpretativa do juiz, cujo arbítrio oriundo da tradição feudal então reinante se buscava enfrentar naquele contexto histórico, sendo ele reduzido a mera “boca da lei”. Daí o resgate do conceito medieval do brocardo *in claris cessat interpretatio* (sendo clara, não se interpreta a lei) como expressão máxima do “receio ao arbítrio do juiz e do respeito religioso ao texto da lei, apanágio do liberalismo revolucionário” (SILVEIRA, 1968, p. 31).

Ocorre que o sonho da limitação da interpretação nunca passou de um mero devaneio, porque até mesmo para se compreender alguma prescrição como sendo clara e, por consequência, não sujeita à

interpretação, alguém tem que promover a sua compreensão de significado e alcance ao caso concreto, o que significa interpretar. Isso para não falar de inúmeras outras situações que demandariam a atividade concreta em razão da impossibilidade fática de se prever abstratamente todas as situações da vida cotidiana em textos de papel, o que tornou sempre irreal o sonho de codificação da vida.

A clássica lição de Carlos Maximiliano (1984, p. 320) aponta que “um texto não pode ser casuístico, incluir em fórmulas gerais ou típicas os casos múltiplos e variadíssimos da vida real.” A intervenção do hermenauta é imprescindível até mesmo para a existência de um sistema penal com possibilidade de se condenar alguém.

Por sua vez, Rubens Limongi França (1999, p. 169-170), falando das funções da jurisprudência assim assevera:

Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra é a lei analisada, ativada, humanizada e adaptada pelo julgador. É quando as imprecisões se evidenciam, as incongruências emergem, as asperezas se realçam, e as falhas se tornam patentes.

Os exageros da escola da exegese foram ciclicamente sendo temperados com estudos a respeito de como deveria ser promovida a atividade hermenêutica sem que houvesse violação e arbítrio dos juízes. A vedação de interpretação logo se transformaria em um conjunto de métodos aptos a validar uma interpretação judicial, ao que se pode chamar de métodos hermenêuticos.

Aníbal Bruno (1984, p. 214-215) recorda apenas que não pode o juiz:

[...] na função de intérprete, desprezar o sentido próprio da norma existente e fazer verdadeira inovação de Direito. Deve-se recordar sempre que a lei é que é a manifestação precisa da vontade do Estado, refletindo aquela consciência coletiva, na regulação dos fatos jurídicos, e que, por mais que se alargue a visão do intérprete, o ponto de partida do momento interpretativo, e o seu constante ponto de referência, é o texto legal.

Cumprido analisar se a decisão adotada pelo STF quanto à possibilidade de criminalização da homotransfobia por meio do estatuto da Lei do Racismo é decorrência do uso legítimo de método hermenêutico

ou se violou proibições específicas do direito penal, tal como a analogia *in malam partem*, fazendo então uso de subterfúgios argumentativos.

A lei penal não apenas pode como deve ser interpretada pelo juiz (SILVEIRA, 1968, p. 32), podendo fazer uso dos tradicionais métodos como o sistemático, lógico, teleológico, histórico, sociológico, dentre outros. Apenas deve-se observar as peculiaridades próprias do sistema, especialmente no que tange aos princípios penais de índole garantista.

A título exemplificativo da atividade interpretativa em matéria penal, extrai-se da clássica doutrina hermenêutica de Alípio da Silveira (1968, p. 249-252) curioso fato histórico surgido com as sucessivas invenções de novos materiais de uso bélico, cuja seção do livro foi denominada “da pólvora à bomba atômica”. Inicialmente previa-se apenas o crime de fabricar armas ou pólvora. Isso não englobaria dinamite e outros explosivos ainda mais poderosos que a pólvora, porque não se compunham desta substância. O texto foi aperfeiçoado no Código Penal vigente (Decreto-Lei 2.848, de 07/12/1940), que previu conduta mais genérica em seu artigo 253, falando em “substância ou engenho explosivo. Mas o problema é que isso ainda não seria suficiente para englobar o uso de energia atômica, por exemplo. Explica o referido autor:

Sob o ponto-de-vista estritamente técnico, a bomba atômica, baseada na desintegração de átomos da substância empregada, não é um explosivo, no sentido estrito do termo, que abrange os explosivos químicos. Êstes últimos se baseiam em transformações químicas de certas substâncias, com produção de calor e gases, embora não se trate, em absoluto, de desintegração atômica. (SILVEIRA, 1968, p. 251).

O autor defende que a solução para o caso seria compreender que o sentido da lei é a proibição geral de substâncias que possam colocar em tal risco a população, seja explosão ou desintegração atômica. Essa distinção seria científica e não jurídica. A ideia seria então compreender o texto da lei em seu sentido amplo, buscando-se a sua finalidade e, portanto, promovendo-se uma interpretação teleológica.

Ainda revisitando a doutrina clássica de hermenêutica, tem-se na obra de Carlos Maximiliano (1984, p. 320) que a consolidação do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* (não há crime, nem pena, sem previsão na lei) foi o resultado da reação contra o arbítrio dos juizes do regime feudal, de forte origem nobre. Mas lembra o autor que como normalmente ocorre em toda reviravolta de pensamento, a nova corrente caiu em grande exagero ao pregar a total proibição da atividade interpretativa do juiz.

O apego desmedido à taxatividade do texto da lei conduziu a absurdos como “o de se julgar isento de culpa e pena o que desposara três mulheres, porque o texto só previa o casamento com duas, a bigamia” (MAXIMILIANO, 1984, p. 320), ou ainda “o de absolver o que obtivera, por dinheiro, um depoimento favorável, por se referir a lei ao suborno de testemunhas, no plural.” (MAXIMILIANO, 1984, p. 320).

Em arremate, o autor aponta que não faz sentido exigir-se interpretação totalmente restritiva apenas por se tratar de lei penal incriminadora, sendo o caso de aplicação estrita da interpretação:

[...] proibiram as ilações, a interpretação extensiva; logo exigiram a restritiva. Com evitar um erro, incide-se em outro, embora oposto. Se um extremo prejudica, o contrário arrasta a deslizes talvez mais danosos para a coletividade. A exegese deve ser criteriosa, discreta, prudente: estrita, porém não restritiva. Deve dar precisamente o que o texto exprime, porém tudo o que no mesmo se compreende; nada de mais, nem de menos. Em uma palavra, será declarativa, na acepção moderna do vocábulo. (MAXIMILIANO, 1984, p. 324).

A partir de tais exemplos e raciocínios fica claro que a atividade interpretativa do juiz penal não pode ser completamente impedida, cabendo a ele determinar o alcance e sentido da norma incriminadora mas sem que seja lícito lançar mão de raciocínios anacrônicos, desvirtuando-se a natureza das coisas: não se pode chamar de veículo um carro de brinquedo.

Embora isso não seja algo tão simples de se descrever no mundo real, tal como ocorre quanto a busca de definição da palavra “livro” no âmbito do direito tributário para fins de incidência ou não da imunidade contida no artigo 150, VI, da Constituição Federal. A multiplicidade de objetos que poderiam ou não ser considerados como um livro (*e-reader*, gibis, panfletos e etc) leva o intérprete a ter que se socorrer dos chamados jogos de linguagem dos conceitos (NEIVA, 2017, p. 294).

De se concordar, então, com as afirmações de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 253), para quem a letra de uma lei é apenas o ponto de partida da atividade de interpretação, que consiste em promover-se uma paráfrase do texto escrito anteriormente. Assim, “a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equívocas proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica.”

### 3.2 Entre interpretação e integração do direito

Como se viu, mesmo se tratando de lei penal incriminadora ainda há o necessário espaço interpretativo do juiz. Todavia, esta atividade de compreensão de sentido e alcance do texto da lei não pode ser confundida com a integração do direito. Integração e interpretação não são a mesma coisa ou relações de gênero e espécie.

Quando se fala em integrar o direito automaticamente afirma-se que há algo faltante nele, que necessita ser complementado, integrado. Não há aqui “um texto de lei obscuro ou incerto, cujo exato sentido se procura descobrir ou esclarecer. O que há é ausência de lei que regule diretamente a hipótese.” (BRUNO, 1984, p. 222).

Dentre as técnicas de se cobrir essa lacuna da lei, tem-se o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, conforme dicção do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942, com redação dada pela Lei 12.376/2010). É o próprio direito positivado que prevê a possibilidade de se complementar o seu sistema quando constatada a imperfeição dele.

A analogia é assim definida pela doutrina:

A analogia é um processo que visa a cobrir essa lacuna, não pela criação de nova lei, mas pela aplicação de lei que regule casos semelhantes ou, melhor, subindo até os princípios que informam esta lei, para fazer derivar deles a regra aplicável ao caso vertente. O que mostra que a analogia não importa na criação de nova norma de Direito, mas no reconhecimento de um Direito já existente no sistema jurídico. (BRUNO, 1984, p. 223).

A clássica lição sobre analogia afirma que ela “significa aplicar às hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos”, orientando-se pelo princípio de que “onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito” (RODRIGUES, 2003, p. 22) e traz o exemplo ilustrativo das questões relativas ao surgimento do sistema de transporte por meio do trem, em uma época em que só havia normas jurídicas sobre acidentes ocorridos nos bondes elétricos. Considerando-se a similaridade concreta entre o trem e o bonde elétrico, naturalmente admitiu-se que a lacuna do direito fosse suprida por meio da aplicação da analogia.

No âmbito penal, a analogia é recurso de uso mais limitado, todavia. Não se admite no direito brasileiro a aplicação da analogia para desfavorecer o réu (*in malam partem*). Carlos Maximiliano lecionava, a

respeito dessa limitação, comparando o juiz penal com o juiz aplicador do direito privado, que se vê:

[...] sempre obrigado a resolver a controvérsia, apesar do silêncio ou da linguagem equívoca dos textos; no segundo, não; por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o ímprobo não visado por um texto expresso. (MAXIMILIANO, 1984, p. 323).

No entanto, nem todos ordenamentos jurídicos proibiram a analogia contra o réu, devendo ser rememorados como principais exemplos de possibilidade expressa de uso de tal recurso o Código Soviético de 1926 e a Lei Alemã sobre Analogia de 1935 (MAXIMILIANO, 1984, p. 322). De se ver até pelos exemplos citados que a possibilidade de uso da analogia para desfavorecer o acusado não é uma característica de Estados Democráticos de Direito, mas sim recurso usado em estados totalitários, de esquerda ou de direita, para fins óbvios de se camuflar licitude em perseguições a opositores do regime.

A conquista liberal da legalidade estrita em matéria penal impede, portanto, que a analogia seja utilizada para fins de incriminação, podendo ser útil apenas como recurso para favorecer o réu (*in bonam partem*). A intenção é evitar a surpresa e imprevisibilidade quanto à conduta que o direito penal busca evitar por meio de suas normas, bem como o uso desvirtuado do sistema.

Situação diversa, por oportuno dizer, ocorre naquilo que é chamado de interpretação analógica. Aqui não é integração do direito, porque não se reconhece a existência de qualquer lacuna a ser preenchida. É uma simples interpretação extensiva da regra, determinada pela própria norma jurídica que se interpreta. Explica-se:

Isso ocorre quando a norma dispõe que o seu preceito, além dos casos especificados, se aplique também a outros semelhantes, usando esta expressão ou expressões equivalentes. Então, se completa o conteúdo da norma por meio de um processo de interpretação das expressões extensivas do preceito, levando-o, por analogia, a aplicar-se aos casos que se apresentem como semelhantes, segundo prescreve a própria norma.

Trata-se, em verdade, de uma hipótese de interpretação extensiva, em que a própria lei manda que se estenda o seu conteúdo e fornece o critério para isso. (BRUNO, 1984, p. 227).

O uso da interpretação analógica é frequente em nosso vigente Código Penal, tal como se verifica no §4º do art. 155 no qual o legislador aponta que a pena do crime de furto deve ser aumentada se tiver ele sido cometido com uso de “explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum”. Ao falar em artefato análogo, abre-se expressamente o campo interpretativo para que o juiz possa compreender quaisquer outras substâncias que tenham a mesma finalidade que o explosivo. Curioso notar, aqui, que o uso desta técnica legislativa resolveria o problema apontado acima a respeito da pólvora à bomba atômica.

### **3.3 Interpretação evolutiva: formas contemporâneas de racismo**

Conforme se vislumbra da fundamentação dos votos vencedores no julgamento do caso da homotransfobia, o STF não adotou a possibilidade de analogia contra réu.

Embora no momento de análise quanto à admissibilidade das ações tenham os votos mencionado a respeito da existência de lacuna jurídica quanto à proteção específica da comunidade LGBT por meio de normas penais, reconhecendo-se a omissão do legislador e a possibilidade de processamento daquelas ações, tem-se que o julgamento pautou corretamente a questão a respeito da natureza ampla do conceito de raça e racismo, abandonando a suposta noção científica que atrela o seu conteúdo apenas às características fenotípicas como a cor da pele. Abandonar um posicionamento jurídico anteriormente adotado ou pelo menos visto como o correto pelos meios correntes de uma época significa, naturalmente, romper com o passado. Tem-se, então, claro o uso do método da interpretação evolutiva, que é exatamente uma das funções da jurisprudência: rejuvenescer a lei (FRANÇA, 1999, p. 169).

Carlos Maximiliano (1984, p. 325-326) alerta que a possibilidade de uma interpretação evolutiva decorre inclusive da necessidade de se evitar a ilusão de uma exegese restrita ao extremo, pois “até mesmo no campo do Direito Penal a interpretação adapta-se à época, atende aos fatores sociais, afeiçoa a norma imutável às novas teorias, à vitoriosa orientação da ciência jurídica. Todo Direito é vivo, dinâmico.”

O julgamento em questão deu uma nova compreensão aos termos de raça e racismo, em resgate ao que já havia sido decidido no importante precedente do Caso Ellwanger. Os referidos termos passaram a ser vistos

não mais a partir de um suposto ponto de vista biológico, mas sim partindo-se de uma noção jurídica mais ampla.

Na essência, considerou-se que a palavra “raça” contida no artigo 1º da Lei do Racismo é um gênero e não uma espécie. E o acerto de tal posicionamento vem demonstrado no próprio texto do dispositivo legal ora em análise, porquanto na sequência imediata do vocábulo “raça” vem o termo “cor” como outro objeto jurídico de proteção da lei penal, o que parece apontar que nem mesmo o legislador ordinário tenha compreendido raça como sendo um conceito limitado à cor da pele.

Neste ponto, é curioso observar que alguns dos votos vencedores (Gilmar Mendes e Celso de Mello) chegaram a mencionar que nem mesmo o legislador constituinte originário tinha a intenção de limitar o termo racismo contido na Constituição Federal ao seu sentido de espécie. Retomaram o julgamento do Caso Ellwanger para rememorar que por aquela ocasião ainda se encontravam no STF tanto o ministro Nelson Jobim quanto o ministro Maurício Corrêa, ambos integrantes da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, os quais deixaram claro que não havia qualquer intenção em se limitar a proteção contra o racismo apenas às questões relativas à cor da pele ou outras características de cunho eminentemente fenotípico.

Para Celso Lafer (2005, p. 103), “Os depoimentos dos ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim, que foram constituintes, são importantes para esclarecer a *voluntas legislatoris*. Cabe, no entanto, também dizer que ela está em sintonia com a *voluntas legis*.”

E essa compreensão de raça e racismo com um sentido mais genérico remonta importantes casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e da Câmara dos Lordes na Grã-Bretanha, ambos da década de 1980. No caso *Shaare Tefila Congregation vs. Cobb* (EUA, 1987 *apud* LAFER, 2005, p. 106) houve reconhecimento de que judeus poderiam ser objeto de proteção contra racismo, assim como no caso *Mandla and another vs. Dowell Lee and another* (INGLATERRA, 1983 *apud* LAFER, 2005, p. 106) admitiu-se que a comunidade dos *sikhs* estaria igualmente protegida.

Importante também asseverar que a interpretação do racismo como um gênero está ainda em consonância com o chamado bloco de convencionalidade, na medida em que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada em nosso país em 1968 e com entrada em vigor a partir de 04/01/1969. As definições previstas no artigo 1º do referido instrumento

internacional não deixam qualquer margem para uma compreensão restrita da palavra raça.

Por isso mesmo a necessidade de se falar em formas contemporâneas de racismo, pois:

Como o fenômeno do racismo tem uma dinâmica capacidade de renovar-se permitindo assumir diferentes formas de expressão nos campos político, social, cultura e linguístico, há o desafio adicional de implementar o direito à igualdade enfrentando as formas contemporâneas de racismo, como racismo na internet, nos esportes, na mídia, bem como a discriminação baseada em informação genética, dentre outras formas. (PIOVESAN, 2016, p. 300-301).

André de Carvalho Ramos (2019, p. 785) concorda com tal compreensão, afirmando que “Todos os seres humanos podem ser vítimas de racismo, que possui facetas contemporâneas, como a do antissemitismo, xenofobia, islamofobia, entre outras.”

Nesse contexto, embora a homotransfobia não seja propriamente uma prática nova na sociedade, pelo menos não tão atual como a referência acima referente às discriminações pela *internet*, tem-se que a sua criminalização como uma manifestação de racismo é algo inovador se levado em consideração o contexto engessado que marcava a interpretação anterior do conceito de raça.

Este fenômeno evolutivo da interpretação é uma tônica quanto à proteção específica de direitos humanos por meio da legislação penal, que deve ser orientada pelo princípio da aplicabilidade em favor da pessoa (*pro personae*). É também verificado quanto à interpretação que se dá ao conceito de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo. Não se poderia visualizar a escravidão nos dias atuais como ela era categorizada há alguns séculos, sob o enfoque no direito de propriedade. Deve-se observar as formas contemporâneas de escravidão, conforme amplamente admitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil (CIDH, 2016, p. 76-77):

289. Em atenção ao exposto acima, a Corte Interamericana considera que, à luz do desenvolvimento ocorrido no Direito Internacional nas últimas décadas, a expressão “tráfico de escravos e de mulheres” do artigo 6.1 da Convenção Americana deve ser interpretada de maneira ampla para referir-se ao “tráfico de pessoas”. Da mesma forma que a finalidade do tráfico de escravos e de mulheres é a

exploração do ser humano, a Corte não poderia limitar a proteção conferida por esse artigo unicamente às mulheres ou aos chamados “escravos”, sob a ótica da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio *pro personae*. Isso é importante para dar efeito útil à proibição prevista na Convenção Americana, de acordo com a evolução do fenômeno do tráfico de seres humanos em nossas sociedades. (destacamos).

Retornando-se ao citado exemplo do advento do trem em um cenário de regulação jurídica apenas para bondes elétricos, tem-se que também não haveria ali qualquer lacuna a ser preenchida por meio da analogia no caso de as disposições jurídicas então existentes não falassem da espécie bonde elétrico, mas sim do gênero sistemas de transportes por trilhos. E dizer o que é gênero e o que é espécie é tarefa do hermenêuta: o conceito é jurídico.

## CONCLUSÕES

A análise um pouco mais aprofundada do conceito de raça e racismo e seu conteúdo histórico permitiu a sua visualização num ponto de vista mais amplo do que o corriqueiramente utilizado. Racismo interpretado do ponto de vista jurídico e não conforme seu suposto conceito biológico, ou mesmo aquele da crença popular.

A partir da constatação de que o racismo deve ser visto em sua faceta contemporânea, com o uso da técnica da interpretação evolutiva, conclui-se que o STF não promoveu o uso de analogia contra réu ao decidir a respeito da possibilidade de criminalização das práticas homotransfóbicas.

Também não houve sentença aditiva penal porque a decisão não criou qualquer nova regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas conferiu interpretação conforme à constituição para dizer que as disposições penais sobre racismo previstas na lei própria são também aplicáveis a situações outras que não apenas as discriminações decorrentes da cor da pele. O conceito é amplo e não restrito. Contudo, não se pode negar nessas considerações finais a existência de uma contradição entre a parte da admissibilidade das ações de controle de omissão legislativa e a conclusão final do julgamento.

Embora tenha o STF admitido na análise preliminar que o quadro era de omissão do legislador em regular especificamente a necessária proteção criminal das pessoas LGBT, ao final do julgamento ele concluiu que existia regra jurídica válida e capaz de determinar a responsabilização

criminal de infratores homotransfóbicos, a qual deveria ser utilizada pelos tribunais pátrios para fins de atendimento do sentimento constitucional de proteção das minorias.

A conclusão do julgamento parece demonstrar que na realidade a omissão não era puramente legislativa, mas também dos órgãos relativos à segurança pública, Ministério Público e Judiciário, os quais já poderiam estar adotando providências para a persecução penal dos infratores. Contudo, não se pode perder de vista a insegurança jurídica causada pela inexistência de termos expressos na legislação que garantissem a proteção específica das pessoas em referência neste artigo, além da consolidada posição de que o direito brasileiro não tutelava criminalmente as questões de discriminação por causa da sexualidade.

O STF no máximo promoveu uma relativização das regras para acesso ao controle objetivo da constitucionalidade das leis e das omissões do legislador (devido processo objetivo), não tendo havido qualquer flexibilização ou frustração de garantias penais. Mas é de se compreender que a mudança brusca do paradigma até então consolidado justifica a adotada modulação dos efeitos da decisão, determinando-se que apenas os fatos posteriores ao julgamento possam ser enquadrados na Lei do Racismo para fins de persecução penal. Prioriza-se, assim, a segurança jurídica e a noção de que a norma jurídica não é apenas a lei, mas sim o resultado de sua interpretação pelos tribunais. A decisão foi prudente, neste ponto.

Conquanto se admita que a luta histórica dos negros não possui a mesma origem que a luta pelos direitos relativos à sexualidade, conclui-se que a visão da homotransfobia como forma contemporânea de racismo não enfraquece ou diminui a batalha travada há séculos pelo fim do racismo. Na realidade, coloca mais pessoas nas mesmas trincheiras de modo a incrementar a guerra contra a intolerância e a discriminação, inclusive não desprezando a questão interseccional envolvida, porquanto pessoas negras homossexuais ou transgênero passam a estar duplamente respaldadas pelos mecanismos jurídico-criminais.

Já no que se refere à difícil questão da efetividade da proteção de direitos humanos, verifica-se que seria necessária pesquisa detalhada a tal respeito, inclusive promovendo-se colheita de dados fáticos a partir do julgamento para fins de compreensão do problema. Todavia, partindo-se de uma visão crítica de direitos humanos, é possível de imediato não adotar posição otimista a respeito, o que seria por demais ingênuo, dadas as dificuldades estruturais para se combater a discriminação em nosso país.

Questiona-se até mesmo se as instâncias integrantes da persecução penal vão mesmo adotar as devidas providências que lhes cabem por força do julgado e a amplitude de seus efeitos.

Embora não se tenha negado aqui a importância do julgado objeto do debate, receia-se que se torne apenas mais um exemplo do chamado efeito encantatório dos direitos humanos, na lição de David Sánchez Rubio (2014), ao passar uma falsa sensação de que o julgamento resolve por si só a questão da discriminação contra as pessoas LGBT. No entanto, o que se tem como evidente no momento é que a hipotética adoção de posicionamento contrário por parte do STF poderia significar o total respaldo aos violadores de direito para a continuidade de suas práticas, e até mesmo um incentivo indireto ao ódio, independentemente das questões formais envolvidas no caso em julgamento.

É mesmo possível que a decisão não se torne eficaz na proteção de direitos humanos, inclusive por não ter sido a criminalização uma resultante legítima da pressão da sociedade para a atuação de seus representantes eleitos, como fruto de amplos debates e diferenciações das situações envolvidas no racismo. Mas, no mínimo, não poderá ela ser usada em sentido inverso ao que se pretendia no controle da omissão inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. L. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

ALVES, J. A. L. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BARBA, R. G. D. **Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

BORGES, P. C. C. A Tutela Penal dos Direitos Humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 12, n. 134, jul. 2012. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/15059/9457>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRAGA, A. G.; SERRA, V. S. O fantasma do macho no corpo travesti: violência, reconhecimento e poder jurídico. *In*: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da (org.). **Questões de gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 85-120.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 82.424/RS**. Relator: Min. Moreira Alves. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 17 set. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20%2082424>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 4.733**. Relator: Min. Edson Fachin. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção 670**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 25 out. 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2018921>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRUNO, A. **Direito penal, parte geral**: introdução, norma penal, fato punível. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. 1.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. 2016. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf). Acesso em 05 nov. 2019.

CONCEIÇÃO, I. A. **Racismo estrutural no Brasil e penas alternativas**: os limites dos direitos humanos acrílicos. Curitiba: Juruá, 2010.

FALEIROS JÚNIOR, R. G. **Tutela penal e teoria crítica de direitos humanos**: uma intersecção crítico-dialética marginal. 2012. 204 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/98952>. Acesso em 10 nov. 2019.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FISCHER, D.; PEREIRA, F. V. **As obrigações processuais penais positivas**: segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

FRANÇA, R. L. **Hermenêutica jurídica**. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

LAFER, C. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LIMA, R. C. **O direito penal dos direitos humanos**: paradoxos no discurso punitivo da corte interamericana de direitos humanos. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MENDES, G. F. et al. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, A. J. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Justificando, 2017.

MOREIRA, A. J. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019a.

MOREIRA, A. J. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019b.

NEIVA, H. L. M. **Introdução crítica ao positivismo jurídico exclusivo**: a teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017.

OLIVEIRA, E. P. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Y. W. O STF e o “Caso Ellwanger”: a interferência dos fatores extralegais no processo de delimitação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 46-56, ago. 2015. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/757>. Acesso em: 20 jan. 2020.

PIOVESAN, F. Diversidade étnico-racial, constitucionalismo transformador e impacto no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). **Impacto das decisões da corte interamericana de direitos humanos na jurisprudência do STF**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 281-305.

PFEIFFER, R. A. C. **Mandado de injunção**. São Paulo: Atlas, 1999.

RAMOS, A. C. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, S. **Direito Civil: Parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUBIO, D. S. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa, Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SILVEIRA, A. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 2 vol. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

VECCHIATTI, P. R. I. Constitucionalidade (e dever constitucional) da classificação da homofobia e da transfobia como crimes de racismo. *In*: DIAS, Maria Berenice (coord). **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87-140.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018.