



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000279622

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1514057-55.2023.8.26.0482, da Comarca de Presidente Prudente, em que é apelante SANDRO NAUFAL, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento ao recurso de SANDRO NAUFAL para deferir em seu favor o benefício da Justiça gratuita, mantida, no mais, a r. sentença. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores AMARO THOMÉ (Presidente) E MARCO DE LORENZI.

São Paulo, 24 de março de 2025.

HERMANN HERSCHANDER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Criminal n. 1514057-55.2023.8.26.0482

Apelante: Sandro Naufal

Apelado: Ministério Público

Comarca: Presidente Prudente

APELAÇÃO CRIMINAL. INJÚRIA HOMOFÓBICA OU TRANSFÓBICA. RECURSO DEFENSIVO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. 1. Entendimento pessoal. Necessidade urgente de criminalização da ofensa homofóbica, ante sua intolerável violação aos Direitos Humanos. Exigência, contudo, de lei formal, emanada do Congresso Nacional. Indesculpável omissão legislativa. Equiparação ao racismo por decisão da Suprema Corte. Violação ao princípio da legalidade, uma das mais importantes garantias da Constituição Federal. 2. Aplicação, contudo, do que foi decidido na ADO 26/DF, ressalvada posição pessoal, em obediência a determinação do Supremo Tribunal Federal. 3. As provas demonstram de forma inequívoca a motivação discriminatória dos insultos. Ofensas de cunho homofóbico e vias de fato contra a vítima, que se viu severamente injuriada em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Condenação mantida. 4. Penas e regime prisional adequados, com concessão de sursis. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da violência empregada. Concessão de Justiça gratuita. Recurso provido em parte.

Voto n. 52.699

1. Insurge-se **Sandro Naufal** contra a r. sentença¹ prolatada pela MM^a. Juíza de Direito, Dra. LARISSA CERQUEIRA DE OLIVEIRA, cujo relatório ora se adota, que o condenou como incurso no artigo 2-A da Lei n. 7.716/89 e no artigo 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41, às penas de 02 anos de reclusão e 15 dias de prisão simples, em regime inicial aberto, além do pagamento de 10 dias-multa.

¹ Fls. 200/13

Postula a Defesa, por suas razões², a absolvição do apelante, alegando atipicidade da conduta, sustentando que o desentendimento entre as partes não decorreu de discriminação pela orientação sexual da vítima, mas de ciúmes do recorrente em relação à amizade dela com sua ex-namorada. Sustenta, ademais, que os elementos de prova não se mostram suficientes ao decreto condenatório. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o crime de injúria, com a consequente extinção da punibilidade em razão da decadência. Propugna, ainda, pela manutenção da pena no mínimo legal, em regime aberto, assim como pela fixação dos dias-multa no patamar raso, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, requer seja reconhecido o direito de o acusado recorrer em liberdade e o benefício da Justiça gratuita.

Apresentadas as contrarrazões³, sobreveio o r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, de lavra do Dr. LEANDRO TATSUO ONICI, voltado ao não provimento do apelo.

É o relatório.

2. A imputação é de discriminação baseada em orientação sexual ou identidade de gênero, e vias de fato.

Diz a denúncia que “(...) o denunciado e a vítima frequentavam, na data dos fatos, o bar denominado “João Porquinho”, quando SANDRO resolveu, de maneira discriminatória, na presença de várias pessoas, ofender Rodrigo Antônio e Silva chamando-o de “veado, veadão, veado do caralho, bicha, gay”, repetidamente, e apontando em direção a ele. O ofendido solicitou ao filho do responsável pelo estabelecimento comercial e, depois, ao próprio dono do bar, que solicitasse ao imputado cessar as agressões verbais, todavia, sem

² Fls. 221/40

³ Fls. 243/4

êxito. A vítima deslocou-se à área de fumantes e, em seguida, o denunciado abordou-a e prosseguiu as agressões, xingando-a de “veado e drogado” e desferiu um tapa em sua orelha e pontapés. Diante disso, o responsável pelo estabelecimento retirou o imputado do local. Insatisfeito, SANDRO saiu xingando a vítima de “veado e drogado”⁴.

3. Adota-se, de início, a cuidadosa reprodução, feita na r. sentença, de toda a prova produzida durante a instrução criminal, que assim foi exposta, sem contestação das partes:

“(...) Em seu interrogatório judicial, cientificado do seu direito constitucional ao silêncio, o réu negou a prática do delito, informando que “tinha ido com um pessoal no João porquinho. Que bebeu bastante. Que chegou às 1h da tarde. Que chegou o Rodrigo com uma mulher às 3h e pouco. Que a vítima o ficou olhando e dando risada. Que namorou uma ex-namorada sua. Que o xingou de veado, gay, filha da puta, safado. Que xingou de tudo quanto é nome. Que disse que ele roubou sua namorada. Que não sabia que ele era homossexual, até porque tinha namorado sua ex. Que ele era amigo de um pessoal que fazia faculdade que conhecia. Que não o agrediu fisicamente”.

(...)

“A vítima Rodrigo Antonio e Silva disse que “mora no apartamento da dona Elenice. Que teve um problema na estrutura do prédio e que marcou um café na sua casa. Que conversando a chamou para ir no João Porquinho. Que era em torno de 15h30 da tarde. Que depois de um tempo que estavam lá o réu começou a xingá-lo. Que chamou de veado, veadão, sua bicha. Que ele fez isso várias vezes. Que falou para a dona Elenice que fosse embora se estivesse constrangida e que ela ficou. Que tinham muitas pessoas no bar. Que isso doeu muito. Que é gay e assumido. Que conhecia muita gente no bar. Que até hoje faz terapia para tratar essa ferida. Que chamou o dono do bar e o filho dele. Que pediu para que

⁴ Fls. 39/40

tirassem ele de lá. Que o dono do bar foi até a mesa do réu e o advertiu. Que o réu continuou xingando. Que o João foi na mesa. Que chamou a dona Elenice pra fumar. Que ela sentou e ficou fumando em pé. Que foram fumar. Que o Sandro desceu com tudo da mesa dele. Que deu um chute nele e um tapa na orelha. Que não retribuiu. Que no momento da agressão o réu continuou xingando. Veado, veado. Que o garçom veio e tirou ele. Que o réu saiu no bairro o chamando de veado, de drogado, de tudo quanto é coisa. Que o Joao Porquinho o levou. Que não viu. Que ficou sabendo no bar. Que no primeiro momento não foi ajudado. Que a Juliana namorou com ele quando ele tinha 25 anos. Que já era gay, mas não era assumido. Que mandou uma mensagem para a Juliana no dia dos fatos. Que a Juliana já foi com ele em boate gay. Que a mensagem foi posteriormente aos fatos”.

A testemunha Natali Weigand Calvo disse que “estava sentada em uma mesa de costas para a mesa dos envolvidos. Que não viu o ocorrido. Que escutou alguns gritos e barulho. Que se virou para ver o que estava acontecendo. Que viu o Joao Porquinho tirando o réu do local. Que o levou para rua. Que ele tentou voltar. Que o Joao Porquinho foi tirá-lo novamente. Que o réu estava gritando enquanto isso e xingando. Que ele o chamou de veado, drogado, bicha. Que essas ofensas foram proferidas do Naufal para o Rodrigo. Que o bar estava cheio. Que não viu nenhum tipo de agressão. Que o Rodrigo relatou depois que ele tentou dar um tapa nele, mas que não viu nada”.

A testemunha João Luís Pereira Júnior disse que “é dono do local Joao Porquinho. Que estava na cozinha. Que tiveram xingamentos mútuos. De ambas as partes. Que chamaram de corno, veado, filho da puta. Que chegou depois. Que foi no bar e foi alto, que todos escutaram. Que levou o Sandro até o carro para que fosse embora. Que não viu qualquer agressão, porque estava na cozinha. Que a briga foi por causa de uma mulher. Que os palavrões foram por causa dela. Que não sabe bem qual era a história. Que os dois estavam alcoolizados. Que beberam muito. Que havia conta de mais de 40 garrafas. Que

como cliente não tem o que dizer do Sandro”.

A testemunha Elenice Martins Botter disse que “tinham ido ao Joao porquinho pra comer porção. Que duas mesas depois estava esse senhor. Que começou a xingar o rodrigo. Que falava “seu gay, você é veado”. Que perguntou ao réu por que estava fazer isso. Que o réu continuou. Que se levantaram pra irem fumar no fundo. Ela e o rodrigo. Que esse senhor passou por ela e foi pra cima do rodrigo. Pontapé e soco. Que ele não reagiu. Que não fez nada. Que só colocou a mão na cabeça pra se proteger. Que as agressões e xingamentos tinham relação com sua orientação sexual. Que apontava com o dedo. Que foram várias vezes repetidas as palavras “veado” e “gay”. Que o bar estava cheio no momento. Que ele gritava. Que tinham acabado de chegar. Que não bebe. Que o rodrigo pegou uma cerveja. Que depois das agressões voltaram para a mesma mesa. Que o réu foi retirado do bar depois das agressões. Que o Rodrigo não estava alterado em momento algum. Que assim que chegaram o réu já se alterou e começou as ofensas. Que não se recorda de ter algo relacionado a alguma namorada. Que o acusado se apresentava bastante alcoolizado. Que só o chamava dessas duas palavras, veado e gay. Que não possui grau de parentesco com a vítima. Que o Rodrigo é seu inquilino e a chamou para ver um problema que estava ocorrendo no apartamento dele”.

A testemunha Fábio Adrian Noti Valério disse que “chegou depois no bar. Que achou estranha a situação. Que era uma discussão acalorada. Que eram ofensas recíprocas. Que depois viu. Que conhece o Sandro há mais de 30 anos. Que nunca houve qualquer situação. Que o Sandro disse que era coisa envolvendo mulher. Que o Sandro está tendo problemas sérios de depressão. Que está tomando remédio controlado. Que junta com a bebida e não faz bem. Que depois que acalmou o Sandro, ele disse que a vítima teria mexido com uma ex-namorada dele. Que o Rodrigo estava acompanhado no dia dos fatos. Que ouviu as ofensas “Babaca, filho da puta, sem vergonha, veado”. Que não consegue distinguir quem

disse o quê. Que não acompanhou as vias de fato porque foi embora mais cedo para buscar seus filhos. Que passou lá para tomar uma cerveja. Que tinha compromisso com seus filhos e saiu de lá mais cedo. Que até então tinha acalmado o Sandro. Que depois que o acalmou, pagou sua conta e foi embora”.

A testemunha Juliana Garcia disse que “não esteve em momento nenhum no dia dos fatos. Que nada presenciou. Que teve relacionamento com as duas pessoas. Que namorou o Rodrigo há muitos anos atrás. Que o encontrou depois de muito tempo e que se tornaram muito amigos. Que conheceu o Sandro. Que começou a namorar o Sandro e parou de sair com o Rodrigo. Que um ficava com ciúmes do outro. Que tomou conhecimento do ocorrido, porque o Rodrigo mandou mensagem e relatou”.

A testemunha Vinicius Pereira disse que “estava trabalhando no bar no dia dos fatos. Que o Rodrigo chegou acompanhado de uma mulher. Que os atendeu. Que um funcionário o chamou porque estava ocorrendo um desentendimento. Que o Sandro não falava o que estava acontecendo. Que pediu para o Sandro parar. Que não sabia o motivo. Que chamou o João para resolver. Que ele foi para a mesa. Que depois teve que sair para fazer uma compra no mercado e que quando retornou o Sandro já não estava mais lá. Que tanto o Sandro quanto o Rodrigo estavam ingerindo bebida alcoólica. Que as ofensas foram entre os dois. Que houve xingamentos das duas partes. Que chamou de filho da puta e de veado. Que o Sandro estava a mais tempo no bar. Que serviu três cervejas para a mesa do Rodrigo. Que estavam ele e uma mulher. Que o funcionário disse que o Sandro estava com discussão com o Rodrigo. Que foi até a mesa dele para pedir que ele parasse. Que o Sandro foi quem ofendeu o Rodrigo o chamando de veado. Que estavam o Fabio e o “Vermelho” na mesa do Sandro. Que não se recorda se chegaram juntos. Que depois o Fabio foi embora e ficou o outro rapaz”.

Eis a prova coligida.

4. Diante do conjunto probatório analisado, restou suficientemente demonstrado que o réu praticou ofensas de cunho homofóbico e vias de fato contra a vítima, que se viu severamente injuriada em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

O próprio acusado admitiu ter proferido xingamentos com emprego de expressões homofóbicas (“*veado*” e “*gay*”) contra a vítima, ainda que tenha buscado justificar sua conduta pelo consumo de álcool e por uma suposta provocação.

No entanto, consabido que a embriaguez não afasta a responsabilidade penal.

Além disso, as ofensas proferidas extrapolam uma discussão banal e possuem conotação discriminatória evidente.

A palavra da vítima foi corroborada pelos depoimentos das testemunhas Natali, Elenice e Vinícius, que confirmaram a existência das agressões verbais e vias de fato. No tocante à contravenção penal, em especial, Elenice relatou que o réu avançou contra a vítima com socos e chutes, sem que houvesse reação, reforçando o caráter unidirecional da agressão.

O depoimento do funcionário do bar, Vinícius, indica que o réu precisou ser advertido para cessar as ofensas homofóbicas, o que demonstra que ele persistiu em sua conduta mesmo após a intervenção de terceiros.

Por outro lado, os depoimentos que sugerem a existência de xingamentos recíprocos ou de uma motivação sentimental para o conflito não afastam a responsabilidade do réu.

O simples fato de ambos terem trocado ofensas não justifica a violência física

praticada pelo acusado, nem legitima o repugnante teor discriminatório homofóbico de suas palavras.

Ademais, o depoimento de Elenice afasta a alegação de que a discussão teria se dado por conta de uma ex-namorada, reforçando que a motivação principal do réu estava ligada a preconceito contra a vítima, ultrajada por aquele com os termos *“veado e gay”*.

O emprego dessas palavras, de si, basta a configurar a injúria homofóbica. Aliás, não fosse esse o propósito do acusado, certamente os termos utilizados durante as ofensas teriam sido outros.

Dessa forma, a materialidade e a autoria estão amplamente comprovadas, sem qualquer elemento capaz de afastar a condenação imposta, que está em consonância com o conjunto probatório e com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte sobre o tema.

Assim, impõe-se a manutenção da condenação, tal como lançada pela r. sentença.

5. Em que pese a obrigatória submissão ao quanto decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal, não posso, em consciência, deixar de ressaltar, respeitosamente, minha convicção no sentido de que referida decisão ofende um dos mais basilares princípios garantistas do Direito Penal, qual seja, o princípio da legalidade, consagrado no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: *“não há crime sem lei anterior que o defina”*.

A extrema gravidade dessa forma de discriminação há muito reclama a incidência do Direito Penal, justificando-se o recurso, através de lei formal

incriminadora, a essa *ultima ratio*, para combater essa afronta especialmente odiosa aos Direitos Humanos.

Contudo, lamentavelmente, até o presente o Congresso Nacional permanece omissa a propósito, ignorando a hediondez dessa conduta e seus números alarmantes.

Nesse quadro se inseriu a propositura, perante o E. Supremo Tribunal Federal, da ADO 26/DF, na qual se veiculou a proposta de aplicação, a esses fatos, dos tipos penais que tipificam o racismo. O relator da referida ação, o insigne Ministro CELSO DE MELLO, nela proferiu, em 26 de fevereiro de 2019, substancial voto, sendo desde logo acompanhado pelos Ministros EDSON FACCHIN, LUIS ROBERTO BARROSO e ALEXANDRE DE MORAES.

Em 13 de junho de 2019 o julgamento foi concluído, julgando-se a ação procedente, nos termos do voto do Relator.

Eis o resultado do julgamento: *“O Tribunal, por unanimidade, conheceu parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por maioria e nessa extensão, julgou-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, para: a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT; b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99; d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a*

homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: 1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por

qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso

violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero; 3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa

inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta. Não participaram, justificadamente, da fixação da tese, os Ministros Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.”⁵

6. De fato, a análise da Constituição Federal não permite que se ponha em dúvida a necessidade de criminalização de qualquer forma de preconceito.

Após exaltar desde logo, em seu preâmbulo, o ideal de “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, insere entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “*IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Salta à vista, na norma, o repúdio a todas as formas de discriminação de pessoas, com destaque de cinco delas, a serem especialmente combatidas: aquelas decorrentes de origem, raça, sexo, cor e idade. Complementando o dispositivo, determina a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso XLI: “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”.

O inciso seguinte do mesmo dispositivo (XLII), referindo-se especificamente ao racismo, afirma: “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*”. Estamos aqui, sem dúvida, diante de um mandado explícito de criminalização do racismo.

Lembrou-se a Lei Maior, ainda, de vedar expressamente a “*diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*” (artigo 5º, inciso XXX) e a discriminação contra o trabalhador portador

⁵ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 06 abr 2024.

de deficiência (artigo 5º, inciso XXXI), bem como toda forma de discriminação contra criança, adolescente ou jovem (artigo 227 *caput*).

Não se encontram, no texto constitucional, menções expressas a diversas outras formas, também repugnantes, de discriminação de pessoas, como, por exemplo, aquelas motivadas por credo religioso, opção política, filiação partidária etc. Contudo, essas formas de discriminação encontram reprovação na vedação geral do artigo 5º, inciso XLI.

Essa breve compilação das normas constitucionais relativas à discriminação revela, pois, duas determinações dirigidas ao legislador penal ordinário, uma genérica e outra específica. A primeira é a contida no artigo 5º, inciso XLI, que impõe a punição de *“qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais”*.

A determinação específica diz respeito ao racismo, que, claramente, é uma das formas de discriminação referidas no artigo 3º, inciso IV: *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”* (artigo 5º, inciso XLII).

A seu turno, a legislação infraconstitucional penal tipifica, em inúmeros dispositivos, formas variadas de condutas que atentam contra direitos e liberdades individuais. Podemos citar, exemplificativamente, a punição dos crimes de abuso de autoridade (Lei 13.869/2019), dos crimes de tortura (Lei n. 9.455/97), da violência doméstica e familiar contra mulher (Lei 11.340/2006), dos crimes contra o idoso (Lei no. 10.741/2003) e contra o índio (artigo 58 da Lei no. 6.001/73), dos crimes contra os direitos do consumidor (Lei 8.078/90), e da violação do sigilo telefônico (artigo 10 da Lei no. 9.296/96), sem falar nos numerosos dispositivos do

Código Penal que punem atentados contra a vida, integridade corporal, honra, liberdade pessoal, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade de correspondência, patrimônio, propriedade imaterial, dignidade sexual etc.

A especial determinação constitucional de que o legislador ordinário punisse os crimes de racismo encontrou resposta na Lei no. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. O objetivo de contemplar especificamente essa forma de discriminação estava claro no artigo 1º desse diploma legal, em sua redação original:

“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.”

É evidente, portanto, que, para o legislador de 1989, o termo *racismo* se referia **tão somente a essas duas formas de discriminação**. Seguiu ele a mesma limitação originalmente adotada pela chamada Lei Afonso Arinos (Lei 1.390/51), que punia - absurdamente como meras contravenções penais - condutas configuradoras de discriminação lastreada em raça ou cor.

Restavam ainda, das discriminações destacadas no artigo 3º, inciso IV, da Constituição, aquelas motivadas por origem, sexo e idade.

Muito embora não houvesse ordem constitucional específica nesse sentido, o legislador, objetivando ampliar para outras formas de discriminação o espectro punitivo da chamada Lei do Racismo, **a Lei 9.459/97**, modificou o artigo 1º daquele diploma legal: *“Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”*.

Não é cabível afirmar que o legislador passou a entender que as formas de preconceito mais tarde introduzidas na Lei 7.716/89 também podem se inserir no

conceito de racismo. Se este já abrangesse as outras formas de discriminação, teria sido desnecessário acrescentá-las. Aliás, parece evidente que a discriminação motivada por credo religioso, por exemplo, nada tem a ver com racismo.

Portanto, pretendeu o legislador que, a partir da reforma de 1997, a lei, ultrapassando as fronteiras da discriminação racial (vista apenas como preconceito de raça ou cor), também abrangesse **outras formas** de preconceito, agora introduzidas no artigo 1º.

Mais tarde, tipificando a discriminação motivada por idade, o Estatuto do idoso (Lei no. 10.741/2003) descreveu a seguinte conduta:

“Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade”

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

§ 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente.”

Por fim, **anos após** o julgamento da ADO no. 26, a Lei 14.532/2023 introduziu na Lei do Racismo o crime do art. 2-A, **insistindo na omissão de tipificação da discriminação baseada em orientação sexual**:

“Art. 2º-A Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional”.

Portanto, passadas mais de três décadas da promulgação da Constituição, resta ainda privada de tipificação específica, dentre as discriminações destacadas pela Carta Magna, tão somente aquela motivada por sexo (a Constituição, como visto, não prevê expressamente a discriminação decorrente de orientação sexual).

7. Em 2014 a própria Corte Suprema, em votação unânime de sua 1ª. Turma, afirmou que atos decorrentes dessa forma de discriminação **são penalmente atípicos**:

“TIPO PENAL – DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO – ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 – ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual”. (Inq 3590, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 11-09-2014 PUBLIC 12-09-2014).

Durante o julgamento do citado processo, afirmou o Ministro LUIS ROBERTO BARROSO:

“Eu até consideraria razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de hate speech, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe. Existe até um projeto de lei em discussão no Congresso Nacional. De modo que eu acho que vulneraria princípios que nós consideramos importantes se a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém sem que uma lei claramente defina essa conduta como ilícita. De modo que, por mais reprovável

que se considere essa manifestação no plano moral, eu penso que não é possível tipificá-la penalmente, de modo que estou acompanhando Vossa Excelência pelo não recebimento da denúncia.”⁶

Conclui-se do referido julgamento que: **(a) a chamada Lei do Racismo não tipifica o preconceito decorrente de orientação sexual; (b) segundo o Ministro BARROSO, haveria lesão a importantes princípios se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal punisse criminalmente alguém, sem lei que defina essa conduta como ilícita.**

8. Em 13 de junho de 2019 o julgamento da ADO 26 foi concluído, declarando-se a ação procedente nos termos do voto do Relator, Ministro CELSO DE MELLO.

Passamos a sintetizar o voto de S. Exa., proferido na sessão de 14 de fevereiro de 2019 e logo qualificado pela Ministra Carmem Lúcia e pelo Ministro Luís Roberto Barroso como “histórico”⁷.

O Ministro inicia com uma consideração acerca de sua posição em defesa dos direitos das minorias, também denominados “grupos vulneráveis”, afirmando que por conta da sua defesa, será inevitavelmente “indexado” pelos chamados cultores da intolerância, ou seja, pessoas que rejeitam o pensamento crítico e que ignoram o sentido democrático da alteridade e pluralismo de ideias. O autor da ação, segundo relata o Voto, sustenta que o Congresso Nacional age com preconceituosa indiferença em relação à comunidade LGBT, baseado na inércia e ao mesmo tempo na exposição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes desse grupo, cuja vulnerabilidade ocorre por meio de graves ofensas perpetradas

⁶ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6717176>. Acesso em 06 abr 2024 – negrito nosso

⁷ <https://istoe.com.br/homofobia-barroso-e-carmen-lucia-chamam-de-historico-voto-de-celso-de-mello/> Acesso em 01 abr. 2019

contra seus direitos fundamentais, que incluem violência física e moral, ameaças, práticas criminosas contra a vida e sua dignidade sexual, até mesmo estupro coletivos e corretivos, cuja caracterização está nas condutas que imperializam o ódio homofóbico e/ou transfóbico.

O Ministro Relator expõe que o fundamento apontado para a pretensão de inconstitucionalidade por omissão deduzida pelo autor está na alegação de que a homofobia e a transfobia se caracterizariam por comportamentos subsumíveis à noção de racismo, de forma que o legislador, ao prever a tutela penal em relação às práticas discriminatórias que resultam de preconceitos de cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei nº 7.716/89), vulnerou por omissão o estabelecido na Lei fundamental da República (CF, art. 5º, XLII), devendo nesta cláusula constitucional o Congresso editar diploma legislativo necessário à incriminação dos atos e comportamento resultantes de discriminação ou preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Enfatiza o autor da ação esse caráter lesivo como resultante da omissão normativa imputada pelo Congresso Nacional, fato que caracterizaria ainda a responsabilidade civil da União Federal, cujo comportamento negligente no combate à homofobia e à transfobia teria ocasionado graves ofensas e agressões às vítimas de tais condutas, caracterizando um quadro de abandono, daí o dever do Estado de indenizá-las por danos morais e/ou patrimoniais por elas sofridos.

A Presidência do Senado Federal, instada a manifestar-se, informou que nova proposição legislativa (PLS nº 515/2017), encontra-se em análise perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sob relatoria do Senador Sérgio Petecão. A proposição altera a Lei nº 7.716/1989 e o Decreto Lei nº 2.848/1940 – Código Penal, para punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de

pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

Nas palavras do Ministro, os integrantes da comunidade LGBT se consideram expostos, diante da ausência de adequada proteção estatal, principalmente pela controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, cuja ação tem caráter segregacionista, impregnada por inequívoca coloração homofóbica, que visa a limitar prerrogativas essenciais de gays, lésbicas, bissexuais, travestis, transgêneros e intersexuais. Nega-se a eles a inalienável condição de pessoa investida de dignidade e de direitos, como se fossem indivíduos destituído de respeito e consideração, com discurso autoritário e excludente do reconhecimento da legitimidade de sua própria existência.

A importância do tema encontra-se realçada na existência de inúmeros processos na Suprema Corte que buscam, no âmbito do sistema educacional dos Estados e dos Municípios brasileiros, impedimento da implementação de medidas fundadas na “ideologia de gênero”, impedindo pela inaceitável atitude preconceituosa, a adoção dos estudos de gênero e de orientação sexual, fato que levou o eminente Ministro Roberto Barroso deferir provimento cautelar requerido na ADPF 461/DF, de que é relator e que tem as seguintes afirmações:

“A transexualidade e a homossexualidade são um fato da vida que não deixará de existir por sua negação e que independe do querer das pessoas. Privar um indivíduo de viver a sua identidade de gênero ou de estabelecer relações afetivas e sexuais conforme seu desejo significaria privá-lo de uma dimensão fundamental da sua existência: implicaria recusar-lhe um sentido essencial da autonomia, negar-lhe igual respeito e consideração com base em um critério injustificado.”

Ressalta ainda o Ministro CELSO DE MELLO que a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), inviabilizando qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração das garantias fundamentais, considerando que não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como substituto de norma legal, não permitindo a ninguém ignorar que em matéria penal, que prevaleça sempre o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, princípio consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também expressamente reconhecido na Convenção Americana do Direitos Humanos (artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 15), representados como atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.

Segundo o Ministro, é fato que, como já exposto, a questão da homossexualidade surgiu em um momento em que não se debatia o tema pertinente à “ideologia de gênero”, tema que teve reconhecimento em nosso País após séculos de repressão, de intolerância e de preconceito, resultando em graves proporções que afetaram pessoas em virtude de sua orientação sexual, ou mesmo na sua identidade de gênero, marginalizando e estigmatizando estas com privações de direitos básicos no contexto social, ferindo a dignidade do ser humano.

O relator cita exemplos do nosso passado colonial com registro de práticas sociais menos antigas, revelando tratamento preconceituoso, com características de exclusão e discriminação dispensados à vivência homoerótica em nosso país. Dessa forma vê-se a existência da questão da homossexualidade desde o início da nossa história, com tratamento sob o crivo mais cruel das repressões (Luiz Mott, “Sodomia na Bahia: O amor que não ousava dizer o nome”). Por isso proclama que

ninguém, nem agora nem nunca, pode ser privado de direitos, nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual ou ainda em razão de sua identidade de gênero. Essa é uma afirmação que traduz o reconhecimento e que emerge do quadro das liberdades públicas e que o Estado não pode tolerar certos comportamentos muito menos formular prescrições normativas que provoquem, por efeito de seu conteúdo discriminatória, a exclusão jurídica de grupos minoritários ou não, que integram a comunhão nacional.

Conforme a parte autora, a ação enfatiza cláusulas da Constituição (CF, XLI, XLII) que consubstanciam verdadeiras imposições legiferantes, submetidas ao poder público com a finalidade de vincular à efetivação de uma prestação positiva destinada à proteção das pessoas, inclusive na esfera penal contra ações preconceituosas e discriminatórias de todas as formas, inclusive quando perpetradas por motivo fundado na orientação sexual ou na identidade de gênero da vítima. Isso significa que a omissão da União Federal na adoção de medidas necessárias à elaboração de normas destinadas à punição das ações resultantes de preconceito contra homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade LGBT, configuraria claro descumprimento, por omissão seletiva, do comando impositivo de legislar da Constituição da República, estando o Congresso Nacional dissociado da atuação de agente concretizador das medidas protetivas de natureza penal.

Podemos destacar em outro referencial do voto o entendimento de que o julgamento deveria impor ao termo racismo sentido semelhante ao adotado no HC 82.424/RS (caso Hellwanger), onde o Supremo Tribunal Federal reafirmou a orientação no sentido de que a noção de racismo, para efeito de configuração típica dos delitos previstos na Lei nº 7.716/89 não se resume a um conceito de ordem

estritamente antropológica ou biológica, mas alcança uma dimensão abertamente cultural e sociológica, inclusive em situações de agressão injusta resultante de discriminação ou preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

E ainda sustenta que regimes democráticos não convivem com práticas de intolerância nem de incompatibilidade quanto a restrições de caráter censório em matéria de comunicação, transmissão, circulação de opiniões, propagação e pregação de mensagens de conteúdo religioso, tendo como característica essencial o pluralismo de ideias e diversidade de visões de mundo onde se proponha viabilizar, num contexto de formação social uma comunidade inclusiva, livres e protegidos contra atuações estatais que restrinjam os direitos por motivo de crença religiosa ou convicção política ou ainda filosófica. Dessa forma busca-se, construir espaços de liberdade com sentido democrático, animando as instituições políticas, jurídicas e sociais de forma a permitir pensamentos religiosos, ideias com tolerância, sem sufocar opiniões divergentes e promover a verdadeira concretização de valores essenciais à configuração do Estado Democrático de Direito, o respeito ao pluralismo e à tolerância.

Chega-se, assim, à conclusão do voto do Ministro CELSO DE MELLO:

“Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos do parecer do eminente Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, então Procurador-Geral da República, conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados:

(a) reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriinação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBT;

(b) declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União;

(c) cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, “caput”, da Lei nº 9.868/99;

(d) dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriinação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e

(e) declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea “d” somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente

julgamento”⁸.

9. O substancial voto do Ministro CELSO DE MELLO, portanto, **reconhece sem qualquer hesitação**, nas alíneas *a* e *b* de suas conclusões, que **não há lei penal** de proteção aos grupos LGBT. Essa lacuna é, aliás, o próprio fundamento das demais conclusões. Em face dessa omissão, o voto determina, nos termos do artigo 103 § 2º. da Constituição Federal, que o Congresso Nacional a supra (alínea *c*).

O que, até o momento, não foi feito.

Seria caso, portanto, de repetir o Plenário a já mencionada decisão da Primeira Turma, tendo em vista a reconhecida inexistência de tipo penal e a grave afronta a princípios fundamentais que decorreria de uma criminalização realizada não por lei, mas pela jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.

No entanto, indo além, o Ministro CELSO DE MELLO, em seu voto, propõe que, enquanto isso não ocorre, desde já se realize *“interpretação conforme a Constituição (...) para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89 (...)”*⁹.

Em outras palavras, tendo em vista a lacuna, cuja existência é reconhecida, caberá ao Congresso Nacional editar as normas penais incriminadoras; no entanto, enquanto isso não ocorre, uma *“interpretação conforme a Constituição”* **permite alargar a abrangência da tipificação legal das condutas que configuram racismo**, para que nelas seja *“enquadrada”* (ou seja, tipificada) a odiosa discriminação contra a comunidade LGBT.

10. Conforme não deixa de destacar o voto do Ministro CELSO DE MELLO,

⁸ Op.cit., p. 154-155

⁹ Op. Cit, p. 154

entre as garantias fundamentais do indivíduo avulta aquela prevista no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

Dessa regra decorre a absoluta vedação ao emprego da analogia *in malam partem* no direito penal.

Como sabido, o princípio da legalidade e a consequente vedação da analogia contra o réu, em Direito Penal, constituem garantias fundamentais, indispensáveis em qualquer sociedade democrática, e somente violadas por regimes totalitários.

Cabe indagar: no Brasil de nosso tempo, o “sentimento do povo” - inegavelmente saudável - no sentido da punição da homofobia, justificaria que, na falta de lei, se recorresse à analogia desta com o racismo?

Cumpre, neste passo, rememorar a sempre atual e importante advertência de NELSON HUNGRIA¹⁰:

“Pouco importa que alguém haja cometido um fato antissocial, excitante da reprovação pública francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem da paz, da disciplina social: se este fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, à *parte objecti* e à *parte subjecti*, a uma das *figuras delituosas* anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve prestar contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da ilicitude penal. (...)”

Com a abolição do sistema de enumeração taxativa dos crimes ou com a licença para o *arbitrium judicis* ou à analogia na incriminação dos fatos e irrogação

¹⁰ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Vol. 1. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pgs. 23/24

das penas, não poderia ser coibida, nos seus requintes e caprichos, a sensibilidade ético-social dos juízes criminais, que seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira. O indivíduo passaria a viver em constante sobressalto, sempre na iminência de se ver sujeito à reação penal por fatos cuja antissocialidade escapasse ao seu mediano senso de ajustamento à moral ambiente. Seria inevitável o conflito entre a apurada mentalidade dos juízes e a mentalidade média do homem do povo, ficando este subordinado a um *juízo* de reprovação muitas vezes inacessível ao seu próprio entendimento.”

Como sabido, a analogia é uma forma de integração do Direito, na qual, verificando haver, para determinado fato, uma lacuna legislativa, o operador aplica à hipótese outra norma, que reconhecidamente regula situação diversa, sendo essa última situação, contudo, semelhante à hipótese privada de regulação legislativa.

Como destaca GUILHERME NUCCI¹¹, a analogia “é um processo de autointegração, criando-se uma norma penal onde, originariamente, não existe”.

Se o pressuposto da analogia é a ausência de lei, resulta nítido que, através dela, não é possível criar uma norma penal incriminadora, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Assim, não é possível subsumir as condutas homofóbicas, por analogia, aos tipos penais da Lei do Racismo.

Não ignora esse postulado fundamental o voto do Ministro CELSO DE MELLO. Bem por isso, trata ele de afirmar que não propõe a adoção da analogia *in malam partem*, mas, como visto, uma **interpretação, conforme a Constituição**, do

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. GEN-Forense, Rio de Janeiro, 14ª. Ed, 2014, p. 23

termo *racismo*.

Afirma o Ministro:

“A constatação da existência de múltiplas expressões semiológicas propiciadas pelo conteúdo normativo da ideia de “raça” permite reconhecer que se mostra plenamente adequado o emprego, na espécie, tal como preconizado pela douta Procuradoria-Geral da República, da técnica de decisão e de controle de constitucionalidade fundada no método da interpretação conforme à Constituição, na linha da jurisprudência constitucional desta Suprema Corte (...).

Em suma: o entendimento que venho de expor não envolve aplicação analógica (e gravosa) das normas penais previstas na Lei nº 7.716/89, pois, como ninguém o ignora, não se admite a utilização de analogia “*in malam partem*” em matéria penal, como tive o ensejo de assinalar em passagem anterior deste voto (item n. 12.2), valendo destacar, por relevante, que se orienta, nesse sentido, a jurisprudência desta própria Corte Suprema (HC 97.261/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 95.782/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.).

Não se cuida, também, de formulação de tipos criminais, nem de cominação de sanções penais, eis que, como precedentemente por mim enfatizado, mostra-se juridicamente inviável, sob perspectiva constitucional, proceder-se à tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal (item n. 7).

O que estou a propor, como anteriormente acentuei, limita-se à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (a Lei nº 7.716/89, no caso), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas

manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social¹².”

Apesar desses cautelosos protestos, a proposta do voto ora analisado nada tem a ver com interpretação, mas configura, sob esse equivocado rótulo, verdadeira analogia *in malam partem*.

A distinção entre o emprego da analogia e a interpretação é sobejamente conhecida.

A analogia, como vimos, tem seu ponto de partida no reconhecimento de que **não há lei** que regule aquele caso concreto.

A interpretação parte do polo oposto. Ela decorre da constatação de que **há lei** regulando aquela hipótese, bastando que a esta se confira, através de uma exegese, o sentido que lhe é próprio.

Assim ensinou DAMÁSIO DE JESUS¹³:

“Analogia é forma de autointegração da ordem legal para suprir lacunas, estendendo a aplicação da lei a casos que ela não regula e de que não cogita. Na interpretação extensiva, a vontade da lei cogita de contemplar o caso examinado, mas o seu texto diz menos que o pretendido, não o compreendendo. A diferença está na vontade da lei. A interpretação extensiva não faz senão reconstruir a vontade existente para a relação jurídica, que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída, enquanto, ao invés, a analogia se encontra em presença de uma lacuna, de um caso não previsto, e procura superá-la por meio de casos afins. No dizer de Battaglini, a interpretação extensiva pressupõe que o caso concreto,

¹² Op. cit. p. 95

¹³ JESUS, Damásio E. Direito penal – parte geral. Vol. 1. 33ª. Ed, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 94

muito embora pareça à primeira vista excluído do âmbito do texto, possa, todavia, ser nele enquadrado, em virtude do princípio *lex minus dixit quam voluit*; a analogia, pelo contrário, pressupõe que o caso em tela não possa em hipótese alguma ser enquadrado dentro da norma existente. Assim, na interpretação extensiva há vontade de a lei prever o caso, mas o seu texto diz menos do que o desejado – estende-se o seu sentido até o fato; na analogia não há vontade de a lei regular o caso – o intérprete amplia a *voluntas legis* até ele.”.

Confira-se, ainda, a distinção entre interpretação e analogia, segundo MAXIMILIANO¹⁴:

“Os dois efeitos diferem, quanto aos pressupostos, ao fim e ao resultado: a analogia pressupõe falta de dispositivo expresso, a interpretação pressupõe a existência do mesmo; a primeira tem por escopo a pesquisa de uma ideia superior aplicável também ao caso não contemplado no texto; a segunda busca o sentido amplo de um preceito estabelecido; aquela de fato revela uma norma *nova*, esta apenas esclarece a antiga; numa o que se entende é o princípio; na outra, na interpretação, é a própria regra que se dilata.

Em resumo: a interpretação revela o que a regra legal exprime, o que da mesma decorre diretamente, se a examinam com inteligência e espírito liberal; a analogia serve-se dos elementos de um dispositivo e com o seu auxílio formula preceito novo, quase nada diverso do existente, para resolver hipótese não prevista de modo explícito, nem implícito, em norma alguma.”

Portanto, na contramão do que afirma o voto do Ministro CELSO DE MELLO, o reconhecimento de uma lacuna afasta, desde logo, a possibilidade de recorrer a mera interpretação, impondo a utilização da analogia.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 175

Ora, como vimos, o voto reconhece, enfaticamente, a omissão do Congresso Nacional na tipificação da discriminação contra a comunidade LGBT. Tanto que determina o suprimimento dessa lacuna.

Esse reconhecimento, conforme exposto, contradiz a afirmativa de que o voto propugna mera interpretação, e não o emprego da analogia *in malam partem*.

Assim, embora sua intenção seja louvável, a decisão do Supremo Tribunal Federal viola flagrantemente o princípio da legalidade penal, que constitui uma das maiores garantias de qualquer Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido já decidiu este E. Tribunal:

“Recurso em sentido estrito. Recurso do Ministério Público. Rejeição da denúncia por ausência de justa causa. Recorrida denunciada pela prática do crime de injúria racial (artigo 140, § 3º, c.c. artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal). Decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO n. 26, que reconheceu a lacuna legislativa quanto à tipificação de casos de violação à honra subjetiva de indivíduos transgêneros. Decisão Superior que ofende o princípio da legalidade - Inércia do Poder Legislativo quanto à criminalização de condutas configuradoras de homofobia e transfobia não autoriza o Poder Judiciário a prever como crime o que ainda não está previsto em lei, em respeito ao princípio da separação dos Poderes de Estado. Ofensa ao subprincípio da reserva legal. Regulamentação de normais penais deve ser necessariamente realizada por lei formal. Inocorrência de subversão da ordem jurídica, com órgão do Poder Judiciário realizando o controle da constitucionalidade de uma norma ou de decisão da Corte Constitucional. Conduta imputada na denúncia é atípica - Tipo penal do art. 140, § 3º, do CP. Inexistência de qualquer ofensa ou atribuição de uma qualidade negativa

à vítima Emprego de pronome de tratamento diverso durante atendimento realizado pela denunciada Conduta que não se amolda ao tipo penal de injúria qualificada. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO” (TJSP, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0032920-08.2022.8.26.0050, 6ª. Câm. Crim., rel. MACHADO DE ANDRADE, j. em 29.06.2023);

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO MINISTERIAL. Alegação de que a conduta da recorrida que se subsume ao tipo penal previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal. Elemento “raça” abrange o espectro da orientação sexual, o que enseja o oferecimento de denúncia e não queixa-crime, conforme entendimento fixado pelo STF no julgamento conjunto da ADO 26/DF e MI 4.733/DF. Impossibilidade. Demora do Congresso Nacional em aprovar legislação visando reprimir tal conduta não pode servir de amparo à uma clara ofensa a um dos princípios fundamentais previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXIX. Princípio constitucional da legalidade garante que nenhum cidadão seja acusado de crime não previsto na legislação. Equiparação penal das condutas discriminatórias em razão do gênero ou orientação sexual aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, traduz em analogia in malam partem, inadmissível no direito penal. Recurso ministerial desprovido” (TJSP, Recurso Em Sentido Estrito nº 0015721-46.2023.8.26.0564, 6ª. Câm. Crim., rel. MARCOS CORREA, j. em 01.03.2024).

Anoto, por fim, que em matéria penal o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu, ou vem ainda discutindo, várias hipóteses de descriminalização de condutas.

Podem-se citar, como exemplos, a afirmação da inconstitucionalidade da Lei

de Imprensa (Lei 5.250/67)¹⁵, da permissão do aborto de anencéfalos¹⁶; da atipicidade do aborto até determinada época da gravidez¹⁷ e da posse de maconha para uso próprio¹⁸.

Não há dúvida de que todas essas decisões podem ser questionadas, à luz do princípio da separação de poderes.

De qualquer modo, há um traço comum a elas, já que todas **afastam** o caráter criminoso de determinadas condutas.

No entanto, a decisão adotada na ADO 26, acerca da homofobia e transfobia, se revela ainda mais surpreendente, pois **criminaliza condutas sem lei**, em manifesta afronta a uma das mais importantes garantias individuais, o princípio da reserva legal em matéria penal.

Assim, respeitosamente, creio que a conduta pela qual se viu condenado o réu nestes autos, por lamentável omissão do Congresso Nacional, não se amolda ao crime de racismo, mas à simples injúria do art. 140 do Código Penal, que configura crime de ação penal privada.

Contudo, repito, tendo em vista o caráter vinculante da decisão do E. Supremo Tribunal Federal, não vejo como deixar de manter a condenação.

12. Passa-se ao exame das penas.

As reprimendas de partida foram estabelecidas nos mínimos legais – 2 anos de reclusão e dez dias-multa, no mínimo legal, e 15 dias de prisão simples –, e assim permaneceram ao término das ulteriores fases de dosagem.

¹⁵ ADPF 130

¹⁶ ADPF 54

¹⁷ HC 124.306

¹⁸ RE 635.659 e HC 143.798

Fixou-se o regime aberto para o início do cumprimento, o mais benévolo possível.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, uma vez que um dos delitos foi praticado mediante violência, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Todavia, preenchidos os requisitos do artigo 77 do Código Penal, foi concedido *sursis* ao acusado, sem insurgência defensiva.

13. Por derradeiro, concedo ao apelante a gratuidade da justiça.

Contudo, isso não implica o afastamento da responsabilidade do sucumbente pelo pagamento da taxa judiciária, mas tão somente obsta a execução da obrigação, na forma deste § 3º do artigo 98 do Código de Processo Civil —“*vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário*” —, aplicável, por analogia, ao processo penal, por força do disposto no artigo 3º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, julgado desta A. Corte de Justiça:

“Não há que se acolher o pleito de isenção do pagamento das custas processuais. A condenação do acusado ao pagamento de custas processuais encontra fundamento no art. 4, § 9º, da Lei Estadual 11.608/2003, que não isentou de pagamento da taxa judiciária mesmo o beneficiário da Justiça Gratuita, e no art.

804, do Cód. de Proc. Penal. Nesse aspecto, importa anotar que, a teor do § 2º do art. 24, da Constituição Federal, bem como do que se infere do art. 805, do Cód. de Proc. Penal, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Por outro lado, é certo que a Constituição Federal, em seus artigos 5º, XXXV e LXXIV, e 134, assegurou aos hipossuficientes o acesso à ordem jurídica justa, mediante a gratuidade da assistência jurídica, nos termos da lei. Nesse sentido, inclusive, é Lei 1.060/50, bem como os arts. 98 e seguintes, do Novo Cód. de Proc. Civil. Portanto, a norma estadual deve ser interpretada, sistematicamente, não só com a Carta Magna, como também com a Lei 1.060/50 e os mencionados dispositivos da nova legislação processual civil, que tem aplicação subsidiária ao Cód. de Proc. Penal. Assim, a condição de beneficiário da assistência judiciária, não exclui a possibilidade de condenação ao pagamento da taxa judiciária, quer por ausência de previsão legal na Lei 11.608/03, quer porque, a teor do art. 98, §§ 2º e 3º, do Cód. de Proc. Civil, o diferimento só ocorrerá se o hipossuficiente não puder satisfazer o débito no prazo de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da decisão, mesma data em que se extinguirão as obrigações do beneficiário” (10ª Câmara de Direito Criminal. Rel. Des. NUEVO CAMPOS. J. 28.7.2016. V.U.).

14. Isto posto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso de SANDRO NAUFAL para deferir em seu favor o benefício da Justiça gratuita, mantida, no mais, a r. sentença.

HERMANN HERSCHANDER

DESEMBARGADOR