

ADRIANO SANT'ANA PEDRA

É professor da FDV, doutor em Direito e procurador federal

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JUNIOR

É professor da FDV, doutor em Direito e juiz federal

Crime de homofobia

/// É preciso rechaçar toda forma de ódio, intolerância, discriminação ou aversão moralmente repudiável

Embora o julgamento ainda esteja em andamento, o Supremo Tribunal Federal já tem maioria formada para decidir que atos de homofobia e transfobia sejam crimes, mesmo que não haja lei nesse sentido. O entendimento que está prevalecendo reconhece haver omissão do Congresso para editar uma lei criminalizando essas condutas e, assim, dá interpretação conforme a Constituição para considerar tais atos como tipos penais previstos na legislação que define os crimes de racismo (ADO nº 26 e MI nº 4733).

Homofobia e transfobia podem ser consideradas espécies de racismo? Não se nega que uma palavra possa adquirir um sentido normativo próprio diferente daquele que é atribuído pelo seu uso cotidiano. Fala-se, por exemplo, em racismo ambiental para tratar de discriminação nas práticas ambientais. Aliás, o próprio STF já entendeu que a ideia de racismo não se reduz a um aspecto antropológico ou biológico, mas também abarca uma dimensão cultural e sociológica, como se manifestou no caso Ellwanger (HC nº 82.424).

Não obstante, há limites para o STF colmatar omissões legislativas. A Cons-

tituição estabelece que todo crime deve ser definido por lei. É uma cláusula pétrea e um consenso internacional desde Cesare Beccaria que somente o Poder Legislativo pode criar um tipo penal. Caso fosse possível adotar tal entendimento “in malam partem”, ou seja, em prejuízo do réu, o Ministério Público poderia denunciar crimes de racismo por atos de aporofobia, gordofobia ou nanofobia, por exemplo, mesmo sem a existência de lei com tal previsão, e o Poder Judiciário poderia condenar no mesmo sentido. A necessidade de haver uma lei é uma garantia do indivíduo que não pode ser mitigada pelo guardião da Constituição.

A questão aqui tratada é formal, e não de mérito. Vale dizer que toda forma de ódio, intolerância, aversão ou discriminação moralmente repudiável deve ser rechaçada. Daí a importância da discussão do tema no Congresso Nacional, em especial em torno do Projeto de Lei nº 672/2019, que inclui expressamente os crimes de discriminação ou preconceito de orientação sexual ou identidade de gênero como puníveis da mesma forma que os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Os fins não justificam os meios e, por mais que estejam bem intencionados neste caso, os ministros do STF precisam se autolimitar e aguardar o desfecho do debate do tema no Congresso. É preciso ter cuidado com as músicas que agradam os nossos ouvidos. Não se protege direitos violando direitos.