

O Senhor Ministro **Cristiano Zanin** (Voto-vogal):

Trata-se de embargos de declaração opostos pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) contra o acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, assim ementado:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE.

1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero.

2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual.

3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor.

6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.”

(MI 4733, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 28/09/2020)

Nestes aclaratórios, a ABGLT aponta obscuridade na aplicação da decisão embargada, que supostamente retira a efetividade do referido

acórdão, ao restringir o reconhecimento da homotransfobia ao crime de racismo, impedindo que tal prática possa também configurar crime de injúria racial, quando proferida contra honra subjetiva de um indivíduo LGBTQIA+.

Em voto proferido no ambiente virtual, o Relator, Ministro Edson Fachin, conhece e dá provimento aos embargos declaratórios para sanar a obscuridade, e, assim, estender a tipificação penal da homotransfobia ao crime de injúria racial. Eis a ementa proposta pelo Relator:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. HOMOTRANSFOBIA COMO RACISMO POR RAÇA. INJÚRIA RACIAL COMO ESPÉCIE DE RACISMO. PRECEDENTES. ATOS DE HOMOTRANSFOBIA PRATICADOS CONTRA MEMBROS DA COMUNIDADE LGBTQIA+ CONFIGURAM INJÚRIA RACIAL. OBSCURIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS

1. Diferentemente dos demais recursos, os embargos de declaração não se prestam a reforma da decisão, sendo cabíveis apenas nos casos de obscuridade, contradição ou omissão da decisão impugnada, bem como para corrigir eventual erro material (art. 1.022, do Código de Processo Civil).

2. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

3. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo e por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. Precedentes. Entendimento positivado pela Lei 14.532/2023.

4. Tendo em vista que a injúria racial constitui uma espécie do crime de racismo, e que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual configura racismo por raça, a prática da homotransfobia pode configurar crime de injúria racial.

5. Embargos de Declaração conhecidos e acolhidos para sanar obscuridade. “

É o relato do necessário. Passo a votar.

Peço vênias ao Relator, Ministro Edson Fachin, para divergir, notadamente quanto ao conhecimento destes aclaratórios.

De início, assento que estou de acordo com o relator quanto à relevância da matéria em discussão. Consoante o relatório de maio de 2023 do Observatório Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil, ainda que os casos de homotransfobia sejam subnotificados, dados disponíveis apontam que “[o] Brasil é o país com mais mortes LGBTI+ no mundo. Isso é apontado pela quantidade de crimes e mortes contra LGBTI+ [...] quando comparado a outros países” (Disponível em: <https://observatoriomorteseviolenciaslgbtibrasil.org/dossie/mortes-lgbt-2022/>. Acesso em 18/8/2023).

Esse alarmante cenário configura frontal violação dos direitos humanos da população LGBTQIA+, bem como dos princípios e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Especificamente, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Dispositivos semelhantes constam igualmente da Carta das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e de outros tratados internacionais de direitos humanos.

Entende-se, portanto, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 9). Nos ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz, o art. 5º da CF/1988 “generaliza uma aspiração que alcança as desigualdades de fato: a igualdade tomada não apenas como condição para o exercício das liberdades fundamentais (isonomia), mas como equalização de possibilidades na realização econômica e social” (FERRAZ, Tércio Sampaio. A desigualdade econômica e a isonomia: uma reflexão sobre os perfis das desigualdades. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 31-49, jan./abr. 2020. p. 44).

Nesse sentido, com fundamento no direito à igualdade, é certo que é vedada a discriminação relativa à orientação sexual ou à identidade de gênero. No entanto, a despeito da importância da matéria, entendo que os presentes embargos de declaração não devem ser conhecidos.

Observo que os aclaratórios são cabíveis apenas para esclarecer obscuridade, eliminar contradição e erro material ou suprir omissão em decisão judicial (art. 1.022 do CPC/2015). Contudo, o recurso em julgamento busca, a meu ver, **rediscutir e ampliar o mérito do presente writ injuncional**, extrapolando a própria decisão então proferida pelo Plenário desta Corte e os limites dos pedidos fixados na petição inicial.

Explico. A presente demanda foi proposta em 10/5/2012, e os embargos de declaração opostos em 3/8/2020. Ou seja, à época em que impetrada a

presente ação e o recurso em julgamento, a legislação penal era bastante clara ao tipificar o crime de injúria racial no art. 140, § 3º, do Código Penal, incluído pela Lei 9.459/1997 e depois alterado pela Lei 10.741/2003. Tal crime, como é sabido, coexistia com o crime de racismo previsto na Lei 7.716/1989, a Lei do Crime Racial.

Embora não isenta de críticas, essa distinção perdurou, ao menos, até a consolidação do entendimento deste Supremo Tribunal Federal, que equiparou a injúria racial ao crime de racismo no julgamento do HC 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 23/2/2022, oportunidade na qual decidiu que “ *a simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo* ”.

Posteriormente, no plano do direito positivo, a tipificação do crime de injúria racial como espécie de crime de racismo se deu com a Lei 14.352/2023, que incluiu o artigo 2-A na Lei 7.716/1989.

Assim, observo que a alteração legislativa foi posterior à oposição dos embargos em discussão.

Feitas essas observações, é certo que, da análise da petição inicial, a associação autora expressamente **limitou o pedido com o objetivo de ver aplicada, para fins da criminalização da homotransfobia, a Lei 7.716/1989, conforme complexo normativo vigente à época** . Transcrevo abaixo o pedido constante da exordial:

“c.3.1) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89), determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas, pois isto inclusive prestigia o Parlamento por se usar uma lei por ele aprovada para suprir a omissão inconstitucional do mesmo acerca do tema”.

Ora, esta Corte, quando do julgamento do acórdão embargado julgou procedente a ação, nos exatos termos do pedido injuncional, e determinou a aplicação da Lei 7.716/1989 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Em outras palavras, o crime de injúria racial, então previsto no art. 140, § 3º, do Código Penal, não foi objeto da demanda e do julgamento em discussão.

Logo, estender a tipificação da homotransfobia ao crime de injúria racial em sede de embargos de declaração opostos antes de sua equiparação ao

crime de racismo, seja jurisprudencial (HC 154.248/DF, Rel. Min. Edson Fachin), seja legal (Lei 14.352/2023), é clara hipótese de rejuízo e ampliação do mérito do julgado, extrapolando os limites fixados na petição inicial.

Em virtude do princípio da congruência, previsto nos arts. 141 e 492 do CPC/2015, entendo que não é possível, *in casu*, prestar tutela diversa da pretendida. Nesses termos, **ante a ausência da alegada obscuridade** no acórdão recorrido, no qual foi dado provimento à demanda nos estritos termos em que formulado na petição inicial, entendo pelo **não conhecimento** dos presentes embargos de declaração.

Posto isso, rogando as mais respeitadas vênias ao Relator, voto pelo não conhecimento dos embargos de declaração.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/2023