

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): De início, explicita-se que os embargos de declaração são cabíveis para esclarecer obscuridade, eliminar contradição e erro material ou suprir omissão em decisão judicial.

O vício da obscuridade decorre da falta de clareza e/ou precisão da decisão, o que acaba por gerar incerteza jurídica a respeito do que foi resolvido (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. Volume único).

Verifico que estão presentes os requisitos de admissibilidade, portanto, conheço dos presentes embargos e passo a análise do mérito.

Nesse sentido, verifica-se assistir razão à embargante no que se refere à necessidade de elucidar o que restou decidido no julgamento de mérito da presente ação, para que assim restem definitivamente afastadas interpretações restritivas de seu possível alcance.

Antes de apresentar as balizas normativas que orientam a compreensão da matéria, apresento a pré-compreensão que informa o entendimento exarado.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal em função de guardião da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição da República) zelar pela efetiva promoção e proteção dos direitos fundamentais, bem como dos princípios e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Tratam-se de pontos de partidas inafastáveis sobretudo para o exame da presente controvérsia constitucional.

A promulgação da Constituição traduziu a edificação de um Estado democrático de direito e de um projeto de sociedade livre, justa e solidária. A sociedade democrática que emerge deste projeto é constituída por pessoas livres e iguais, cuja dignidade deve ser igualmente respeitadas, nas suas múltiplas formas de ser e de expressar, independentemente de gênero, raça, orientação sexual e classe social. Nela, a dignidade humana foi erigida a princípio fundamental (art. 1º, III) e deve ser compreendida em sua ampla extensão, a qual inclui não só a autonomia e o mínimo existencial, mas também o reconhecimento social (nesse sentido: Daniel Sarmento. *Dignidade da Pessoa Humana* : Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum ; Ingo Sarlet. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos*

Fundamentais na Constituição Federal de 1988 : Porto Alegre: Livraria do Advogado; Luís Roberto Barroso. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo* . Belo Horizonte: Fórum).

No exercício desse mister, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, no HC 82.424, a inconstitucionalidade de discurso de ódio, os quais produzem verdadeiro *efeito silenciador* de suas vítimas, produzindo consequências relevantes para estreitar a sua dignidade. Conforme bem aponta Owen Fiss:

“Afirma-se que o discurso de incitação ao ódio tende a **diminuir a autoestima das vítimas, impedindo assim a sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. Mesmo quando essas vítimas falam, falta autoridade às suas palavras; é como se elas nada dissessem.**” (Owen Fiss. A ironia da liberdade de expressão. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad.: Gustavo Binenbojm, Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 47 - **destaquei**)

Conforme ressaltam, de formas distintas, Lélia Gonzales, Kimberlé Crenshaw e Patricia Hill Collins (respectivamente em: Por um Feminismo Afrolatinoamericano. Rio de Janeiro: Zahar; Documentos para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Estudos Feministas; Interseccionalidade. São Paulo: Boitempo) as múltiplas formas de discriminação, infelizmente, se somam, isto é, podem operar de forma *interseccional*, de modo a reforçar estigmas, reduzir o reconhecimento e ampliar a exclusão e violências sofridas por pessoas seja em razão da sua cor da pele, de sua orientação sexual, ou por sua origem social (de classe ou regional). Tais formas de subordinação atentam contra a Constituição de diversas formas.

Essa ordem de ideias é fundamental para compreender a grave violação a diversos direitos fundamentais e à dignidade humana das pessoas que são vítimas de práticas discursivas que enfraquecem sua autoestima, seu reconhecimento social e as impede de ser livremente. Portanto, conforme explica Adilson José Moreira sobre a prática discriminatória apreciada neste caso:

“O tipo de discriminação que estamos analisando pode ser classificado **como mais uma manifestação de processos de exclusão social que têm o objetivo de promover a subordinação de um grupo em relação a outro, o que contraria os princípios norteadores do**

sistema democrático. ” (Adilson José Moreira. Tratado de Direito Antidiscriminatório. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 636 - destaquei)

Prossegue o autor, a respeito do tema dos presentes autos:

“De qualquer forma, devemos estar atentos ao fato de que **a homofobia não opera de forma isolada . Ao contrário, atua de forma paralela para reforçar ainda mais o processo de exclusão social que afeta outros grupos de indivíduos.** Esse sistema de opressão pode ser um meio de propagação do sexismo na medida em que é também uma forma de delimitação dos lugares sociais de homens e das mulheres. Ao utilizar a homofobia como forma de controle dos limites da heterossexualidade, o sistema patriarcal enforca papéis sexuais atribuídos a homens e mulheres.” (Adilson José Moreira. Tratado de Direito Antidiscriminatório, p. 636 - destaquei).

Por fim,

“Da mesma forma que a defesa de hierarquias raciais era utilizada naquele momento histórico para justificar a proibição dos casamentos entre pessoas de raças distintas, as hierarquias entre heterossexuais e homossexuais ainda é utilizada para legitimar práticas discriminatórias contra os últimos em diferentes instâncias da vida social. Dessa forma, **a luta contra a homofobia tem grande relevância social porque também guarda ressonância culturais com o racismo,** uma vez que relações entre pessoas de raças distintas ainda enfrentam imensa resistência social.”

(Adilson José Moreira. Tratado de Direito Antidiscriminatório. p. 637 - destaquei)

Logo, constata-se que tal efeito perverso de discursos choca-se com os mandamentos expressos na República Federativa do Brasil. Isso posto, passo a minudenciar os parâmetros normativos aplicáveis a questão posta nos presentes embargos de declaração.

A Constituição da República prescreve como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), além de enunciar como princípio norteador do ente soberano em suas relações internacionais o repúdio ao

terrorismo e ao racismo (art. 4º, VIII). O texto constitucional traz ainda mandamento de criminalização de condutas racistas, como inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLII).

No ano seguinte à promulgação da Constituição de 1988 foi aprovada a Lei nº 7.716/89, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Completando a legislação infraconstitucional para o combate ao racismo, a Lei nº 9.459/97, alterou o Código Penal para acrescentar ao art. 140, o § 3º, e tipificar a injúria racial.

A Lei nº 12.288/10, institui o Estatuto da Igualdade Racial, celebrado pela sua primeira década de existência e execução de algumas políticas públicas para eliminação de desigualdades de status econômico, social e jurídico, baseadas na raça. A instituição de ações afirmativas para acesso ao ensino superior e ao serviço público (Lei 12.990/14), foram conquistas deste período recente.

No plano internacional, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (internalizada pelo Decreto 65.810/1969) prevê que *“qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública”* configura discriminação racial.

O Brasil ainda se mobilizou para realizar atividades programadas para a Década Internacional de Afrodescendentes, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 68/237), a ser observada entre 2015 e 2024.

O desenho do arcabouço infraconstitucional acima decorre diretamente do texto constitucional, mas não o esgota, isto porque a ordem constitucional vigente tem como imperativos a proibição e o combate a quaisquer formas de discriminação, não se limitando ao rol exemplificativo do art. 3º, IV, da CRFB.

A adoção desses objetivos, princípios e compromissos no plano internacional e em dispositivos situados entre os alicerces do mais importante texto da vida republicana e democrática brasileira, ao pressupor a necessidade de ações do Poder Público e de todos os que vivem neste país para o combate ao racismo, reconhece, por outro lado, que além das

violências raciais verbais e físicas perpetradas por indivíduos, há também uma dimensão institucional, todas resultantes do racismo estrutural que marca as relações no seio da sociedade pátria (Silvio Almeida *O que é racismo estrutural?* Femininos plurais. Belo Horizonte: Letramento, 2018.)

Esse racismo deriva do plano estrutural e esparge-se para moldar o agir das instituições e dos indivíduos, transversalizando condutas e práticas, mesmo as que se supõem neutras, mesmo os julgamentos do Poder Judiciário e as ações administrativas e legislativas as mais variadas.

Não se pode olvidar que este Supremo Tribunal Federal tem direcionado a sua jurisprudência de modo significativo ao reconhecimento de que viceja entre nós um racismo de índole estrutural, ou seja, conformador das engrenagens sociais ditas e não-ditas.

Destaco, a título exemplificativo, os casos paradigmáticos da ADPF 186 e da ADC 41, que trataram da reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior e em concursos públicos, respectivamente; a ADPF 634, que reconheceu a constitucionalidade do feriado municipal do dia da consciência negra; e ainda, o julgamento ainda não finalizado do HC 208.240, acerca do perfilamento racial.

É nesse contexto que a Corte, mediante *overruling*, no julgamento do HC 154.248, de minha relatoria, reconheceu a imprescritibilidade do crime de injúria racial, por trata-se de espécie do gênero racismo:

“HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade.

2. **O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial.**

3. 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, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo.

4. **Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível.**

5. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 154.248, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, DJe 23.02.2022)."

Destaco, por sua integral pertinência, os fundamentos do voto por mim proferido naquela ocasião:

"Nesta esteira, eis a questão central do presente habeas corpus: o crime de injúria racial é ou não uma forma de discriminação racial que se materializa de forma sistemática e assim configura o racismo e, como consequência, sujeita-se ou não à extinção da punibilidade pela prescrição?

A resposta é inequívoca, porquanto a impetração não merece prosperar.

Quando o sujeito ativo dirige ofensas ou insultos à vítima, ofendendo-lhe, conforme a lição de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 13. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 723), deve, para que tal conduta se amolde à descrição típica do art. 140 do CP, macular-lhe a honra subjetiva, 'arranhando o conceito que a vítima faz de si mesma'. Ao examinar os objetos material e jurídico do crime, o autor afirma que eles são coincidentes: ambos consistem na 'honra e [na] imagem da pessoa, que sofrem com a conduta criminosa'.

No § 3º do art. 140 do CP, introduzido pela Lei 9459/1997, prevê-se a forma qualificada do delito, punida com reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa, para as situações em que à conduta ofensiva ou insultuosa se agreguem elementos atinentes, entre outros, à raça, cor, etnia, religião ou origem.

Desse modo, a prática do crime de injúria racial traz em seu bojo o emprego de elementos associados ao que se define como raça, cor, etnia, religião ou origem para se ofender ou insultar alguém. Em outras palavras, a conduta do agente pressupõe que a alusão a determinadas diferenças se presta ao ataque à honra ou à imagem alheia, à violação de direitos que, situados, em uma perspectiva civilista, no âmbito dos direitos da personalidade, decorrem diretamente do valor fundante de toda a ordem constitucional: a dignidade da pessoa humana.

A injúria racial consoma os objetivos concretos da circulação de estereótipos e estigmas raciais ao alcançar destinatário específico, o indivíduo racializado, o que não seria possível sem seu pertencimento a um grupo social também demarcado pela raça. Aqui se afasta o argumento de que o racismo se dirige contra grupo social enquanto que a injúria afeta o indivíduo singularmente. A distinção é uma operação impossível, apenas se concebe um sujeito como vítima da injúria racial se ele se amoldar aos estereótipos e estigmas forjados contra o grupo ao qual pertence.

Ademais, já assentei aqui que o ponto de partida para os deslinde do objeto do presente habeas corpus é a compreensão acerca do significado de discriminação racial e da sua forma de materialização.

Inegável que a injúria racial impõe, baseado na raça, tratamento diferenciado quanto ao igual respeito à dignidade dos indivíduos. O reconhecimento como conduta criminosa nada mais significa que a sua prática tornaria a discriminação sistemática, portanto, uma forma de realizar o racismo.

Tal agir significa, portanto, a exteriorização de uma concepção odiosa e antagônica a um dos mais fundamentais compromissos civilizatórios assumidos em diversos níveis normativos e institucionais por este país: a de que é possível subjugar, diminuir, menosprezar alguém em razão de seu fenótipo, de sua descendência, de sua etnia. Trata-se de componente indissociável da conduta criminosa em exame, o que permite enquadrá-la tanto no conceito de discriminação racial previsto no diploma internacional quanto na definição de racismo já empregada pelo Supremo Tribunal Federal no voto condutor do julgamento do HC 82.424.

A atribuição de valor negativo ao indivíduo, em razão de sua raça, cria as condições ideológicas e culturais para a instituição e manutenção da subordinação, tão necessária para o bloqueio de acessos que edificam o racismo estrutural. Também ampliam o fardo desse manifesto atraso civilizatório e tornam ainda mais difícil a já hercúlea tarefa de cicatrizar as feridas abertas pela escravidão para que se construa um país de fato à altura do projeto constitucional nesse aspecto.

Mostra-se insubsistente, desse modo, a alegação de que há uma distinção ontológica entre as condutas previstas na Lei 7.716/1989 e aquela constante do art. 140, § 3º, do CP. Em ambos os casos, há o emprego de elementos discriminatórios baseados naquilo que sócio politicamente constitui raça (não genético ou biologicamente), para a violação, o ataque, a supressão de direitos fundamentais do ofendido. Sendo assim, excluir o crime de injúria racial do âmbito do mandado constitucional de criminalização por meras considerações formalistas desprovidas de substância, por uma leitura geográfica apartada da busca da compreensão do sentido e do alcance do mandado

constitucional de criminalização é restringir-lhe indevidamente a aplicabilidade, negando-lhe vigência. (...)

Vários dos crimes previstos na mencionada lei extravagante são, até mesmo, apenados com sanção privativa de liberdade idêntica à do Código Penal. A diferença, desse modo, é meramente topológica, logo, insuficiente para sustentar a equivocada conclusão de que injúria racial não configura racismo. Conforme sustenta Guilherme de Souza Nucci (op. cit., p. 726), o rol daquele diploma não é exaustivo, devendo-se considerar a conduta prevista no art. 140, § 3º, do CP “mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão”. Observe-se, nesse contexto, que o crime em análise, por ser sujeito à pena de reclusão, não destoa do tratamento dado pela Constituição ao que ali se prevê como crime de racismo.

Acrescento ainda que o legislador, na esteira de aproximar os tipos penais de racismo e injúria, inclusive no que se refere ao prazo para o exercício da pretensão punitiva estatal, aprovou a Lei nº 12.033/09, que alterou a redação do parágrafo único do art. 145 do Código Penal, para tornar pública condicionada, antes privada, a ação penal para o processar e julgar os crimes de injúria racial.

Assim, o crime de injúria racial, porquanto espécie do gênero racismo, é imprescritível. Por conseguinte, não há como se reconhecer a extinção da punibilidade que pleiteiam a impetração.”

Assim, constato que a tese que sustenta os presentes embargos, qual seja, o reconhecimento do crime de injúria racial como espécie do gênero racismo, já foi acolhida pela recente jurisprudência desta Suprema Corte.

Vale ressaltar que o referido posicionamento foi positivado pelo Congresso Nacional por meio da Lei 14.532/2023, que alterou a Lei 7.716/89 e o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40), para tipificar como crime de racismo a injúria racial; prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística; prever pena para o racismo religioso e recreativo, e o praticado por funcionário público.

Na decisão ora embargada, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em relação à criminalização específica dos crimes de discriminação por identidade de gênero e orientação sexual, além de conferir interpretação conforme ao termo raça, assentando que a discriminação por identidade de gênero e orientação sexual são espécies de racismo por raça, puníveis segundo as determinações da Lei 7.716/96.

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 intersexo é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe.

Anteriormente, este Tribunal já havia assentado que “o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero” e que “a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la” (ADI 4.275, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o Acórdão Min. Edson Fachin, DJe 07.03.2019).

O reconhecimento do racismo homofóbico e transfóbico pela Corte baseou-se no conceito social de racismo adotado no julgamento histórico do HC 82.424, segundo o qual *“o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, a qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante”*.

Assim, o reconhecimento da discriminação por identidade de gênero e orientação sexual como racismo, por meio de interpretação conforme do termo “raça” na Lei 7.716/96, não exclui a aplicação das demais legislações antirracistas aos atos discriminatórios praticados contra os membros da comunidade LGBTQIA+, pelo contrário, trata-se de imperativo constitucional.

In casu, reafirmo uma vez mais os fundamentos então exarados, no HC 154.248.

Dessa forma, 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.

Impende assinalar que, no quadro constitucional vigente, os direitos fundamentais que compõem a dignidade da pessoa humana são implementados por diversas vias, nas quais se inclui o manejo da tutela penal. A esse respeito, menciona André de Carvalho Ramos:

“Por outro lado, a Constituição de 1988 e os tratados de direitos humanos também invocam a atuação do Direito Penal para sua proteção. Assim, **o Direito Penal não é só limitado pelas Constituições e tratados, mas, em algumas situações, sua aplicação é exigida como instrumento essencial de proteção de bens jurídicos**. Ao mesmo tempo em que o Estado não pode se exceder no campo penal (proibição do excesso ou *Übermassverbot*), também **não se pode omitir ou agir de modo insuficiente** (proibição da insuficiência ou *Untermassverbot*).

É uma nova faceta, agora amistosa, na relação entre os Direitos Humanos e o Direito Penal. Parte-se da constatação que, em um Estado Democrático de Direito, o Poder Público não pode se omitir na promoção dos direitos humanos, **devendo protegê-los inclusive com o instrumento penal.** Caso abra mão da tutela penal, o Estado incorre na proteção deficiente dos direitos fundamentais, **violando a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.**” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, *grifei*).

Assim, atento ao dever estatal de legislar disposto no art. 5º, XLI, da CRFB, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, entendo que a interpretação hermenêutica que restringe sua aplicação aos casos de racismo e mantém desamparadas de proteção as ofensas racistas perpetradas contra indivíduos da comunidade LGBTQIA+, **contraria não apenas o acórdão embargado, mas toda a sistemática constitucional.**

Ante o exposto, dou provimento aos embargos para sanar a obscuridade, com base no artigo 1.022, I, do Código de Processo Civil.

É como voto.