

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELA ADO Nº 26 ENQUANTO
CRIME DE RACISMO SOCIAL: O PERCURSO HISTÓRICO DAS MINORIAS EM
BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.**

EDSON CEZÁRIO DE SANTANA NETO

RIO DE JANEIRO

2021.1

EDSON CEZÁRIO DE SANTANA NETO

**A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELA ADO Nº 26 ENQUANTO
CRIME DE RACISMO SOCIAL: O PERCURSO HISTÓRICO DAS MINORIAS EM
BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Rio de Janeiro

2021.1

CIP - Catalogação na Publicação

dD278c de Santana Neto, Edson Cezário
A criminalização da homotransfobia pela ADO n° 26 enquanto crime de racismo social: o percurso histórico das minorias em busca da efetivação de direitos. / Edson Cezário de Santana Neto. -- Rio de Janeiro, 2021.
70 f.

Orientadora: Cristiane Brandão Augusto Mérida.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Direito Penal. 2. Criminalização da Homotransfobia. 3. Racismo. 4. Supremo Tribunal Federal. I. Mérida, Cristiane Brandão Augusto, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

EDSON CEZÁRIO DE SANTANA NETO

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA PELA ADO Nº 26 ENQUANTO
CRIME DE RACISMO SOCIAL: O PERCURSO HISTÓRICO DAS MINORIAS EM
BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em direito, sob a orientação da Professora Dra. Cristiane Brandão Augusto Mérida.

Data de Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Terezinha de Jesus, por ter feito o possível e, muitas vezes, o impossível para que nunca faltasse nada em casa, possibilitando que eu chegasse até aqui. Obrigado por ser meu exemplo de força, bondade e resiliência.

À minha irmã, Vanessa Santana, minha maior incentivadora e minha segunda mãe. Obrigado por sempre ter sido uma segunda mãe e por acreditar em mim até quando nem eu mesmo acreditava muito. Sem o seu apoio desde muito cedo tudo o que já conquistei não teria sido possível.

Ao meu irmão, Ederson Santana, por me incentivar e sempre me mostrar que existe um outro lado das coisas que também não pode ser ignorado.

Ao meu cunhado, Daniel Barzocchini, por tantas vezes ter sido meu pai e por todas as vezes que você puxou meu pé para o chão.

Aos meus sobrinhos, Alice Santana, Carolina Santana e Vitor Hugo Santana, espero que o mundo seja um lugar melhor quando vocês forem adultos.

Ao meu namorado, Renan Martins, por ter se tornado alguém tão importante em tão pouco tempo. Todo o incentivo nessa reta final da faculdade e todas as suas sugestões e correções nessa monografia tornaram esse momento possível. Você é o melhor que eu poderia ter.

Os agradecimentos realmente deveriam ser breves, mas essa missão se torna simplesmente impossível com tanta pessoa que atravessou a minha vida e, de certa forma, me ajudou a fazer esse momento realidade.

Aos meus irmãos da vida, Hannah Melo e Jônatas Soares, por cada conversa quando a vida parecia me engolir. Vocês são meu exemplo de amor.

Aos meus ‘Seres de Luz’, Julliana Reis, Ana Sarah, Dayana Viana, Gabriel Monteiro e Renata Anjos, por sempre me lembrarem de uma época na qual o nosso riso era mais leve e os problemas não eram tão grandes, apesar de parecerem.

À minha amiga, Analice Madeira, por ter sido tão importante para a construção da minha visão política e por estar comigo até hoje.

À minha equipe do Colégio Pedro II, Gabriele Liaño, Gleysiane Lima, Sarah Acaccio, Rafaella Castro e dentre outros, por terem feito o meu ensino médio o melhor possível e por ainda estarem comigo.

À minha família fora de Inhoaíba, Mylena Martins e Mariana Dias, por toda a parceria no lar que construímos juntos por algum tempo e por terem aguentado tanto estresse meu em boa parte da graduação.

A todos os momentos que vivi nesses 5 anos na Faculdade Nacional de Direito, por cada surto em prova, por cada órfãos, choppada e jogos jurídicos. Ter compartilhado esses momentos

ao lado de vocês fez tudo mais especial, Ana Barros, Ana Mendes, Antara Morri, Vitória Ornellas, João Pedro Grillo, Vitória Coelho, Bárbara Libertino, Rayssa Moreira, Danilo Sardinha e muitíssimos outros.

Ao falecido *bunker*, Mariana Chrysostomo, Yasmin Goulart, Marina Vivas e Kazerike, por todas as memórias que se eu contar ninguém acredita.

Ao melhor amigo que a Nacional me deu, Matheus Barcelos, por ter sido um grande suporte emocional nesse período e por tanta parceria. Esteja você no Rio, em Minas, na França, no Canadá ou qualquer lugar que já pensamos em fugir, você sempre estará no meu coração.

Aos meus geminianos, Adrielly Bruni, Flávia Delgadillo e, novamente, Matheus Barcelos, por terem sido a minha panelinha nessa graduação. Dividir os risos e problemas com vocês tornou tudo mais fácil.

À minha psicóloga, Ivone, por todas as sessões que serviram para abrir meus olhos, me possibilitando passar pelo furacão do fim de faculdade sustentando trabalho, OAB e monografia.

E por último, mas não menos importante, à minha orientadora, Cristiane Brandão, por tornar o desafio da escrita dessa monografia possível, com uma orientação tão leve, aberta e prazerosa.

RESUMO

O presente trabalho pretende a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, que reconheceu a mora do Poder Legislativo e criminalizou os atos discriminatórios por orientação sexual e identidade de gênero, afirmando que a homotransfobia deve ser entendida como espécie do gênero racismo, com base em entendimento proferido nos autos do Habeas Corpus nº 82.424/RS, que apresentou o conceito de racismo social. Inicialmente apresentam-se o Mandado de Injunção nº 4.733, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o citado precedente utilizado pela maioria dos Ministros, para então analisar os votos proferidos destacando a conceituação realizada em torno dos termos ‘raça’ e ‘racismo’, a fim de averiguar o entendimento da Corte que possibilitou o tratamento dos atos homotransfóbicos como racismo. Após, são traçados os panoramas históricos do movimento negro e do movimento LGBTQ+ em sua busca pela efetivação de direitos até a criminalização do racismo e da homotransfobia, respectivamente. Por fim, são expostos os obstáculos encontrados para a efetivação da decisão proferida, revelando possíveis consequências para os movimentos sociais referidos, tendo em vista características específicas das discriminações contra negros e LGBTQs.

Palavras-chaves: Criminalização da homofobia. Racismo. Homofobia. Supremo Tribunal Federal. Direito Penal.

ABSTRACT

The present work aims to analyse the decision of the Federal Supreme Court given on the case file of the Direct Action of Unconstitutionality due to Omission n° 26, which recognized the delay of the Legislative Power and criminalized discriminatory acts based on sexual orientation and gender identity, stating that homophobia should be understood as a species of the genre racism, based on the understanding expressed in the precedent Habeas Corpus n° 82.424/RS, where the concept of social racism was presented. Initially are presented the Writ of Injunction n° 4.733, the Direct Action of Unconstitutionality by Omission n° 26 and the referred precedent utilized by the majority of the Ministers, to then analyze the votes highlighting the conceptualization performed around the terms ‘race’ and ‘racism’, in order to ascertain the understanding of the Court that allowed the treatment of homotransphobic acts as racismo. After that, the historical path of the black movement and the LGBT+ movement are outlined in their search for the concretization of rights until the criminalization of racismo and homotransphobia, respectively. Finally, the obstacles encountered for the implementation of the decision are exposed, revealing possible consequences for the social movements mentioned, considering the specific characteristics of discrimination against black people and LGBTs.

Keywords: Criminalization of homotransphobia. Racism. Homophobia. Federal Supreme Court. Criminal Law.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

ABGLBT	Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
ADI	Ação declaratória de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AIDS	Síndrome da imunodeficiência adquirida
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
FNB	Frente Negra Brasileira
HC	Habeas Corpus
HIV	Vírus da imunodeficiência humana
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
LGBT+	Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis e Transgêneros
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
MNU	Movimento Negro Unificado
ONG	Organização não-governamental
PPS	Partido Popular Socialista
PT	Partido dos Trabalhadores
RE	Recurso Extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
TEM	Teatro Experimental do Negro
USP	Universidade de São Paulo

LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

Tabela 1 – Comparativo dos tipos penais de Racismo e Injúria Racial.....58

Gráfico 1 – Resultado de pesquisa jurisprudencial sobre a tipificação do crime de Racismo e de Injúria Racial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.....62

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE RACISMO.....	16
1.1 A IMPETRAÇÃO DO MI Nº 4.733 E A PROPOSITURA DA ADO Nº 26.....	16
1.2 O HABEAS CORPUS Nº 82.424-2/03 (CASO ELLWANGER)	19
1.3 OS CONCEITOS DE ‘RAÇA’ E ‘RACISMO’ NA DECISÃO DA ADO Nº 26 E O VOTO DIVERGENTE DO MIN. MARCO AURÉLIO.	23
Ministro Relator Celso de Mello	23
Ministro Luiz Fux.....	24
Ministro Luís Roberto Barroso	24
Ministra Rosa Weber	25
Ministro Gilmar Mendes.....	26
Ministro Edson Fachin.....	27
Ministra Cármen Lúcia	27
Ministro Alexandre de Moraes.....	28
Ministro Ricardo Lewandowski.....	29
Ministro Dias Toffoli	31
Ministro Marco Aurélio	31
1.4 A TESE FIRMADA PELO JULGAMENTO DA ADO Nº 26.	33
2 O CAMINHO PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO NO BRASIL	36
2.1 DA ESCRAVIZAÇÃO AO “PROBLEMA DAS RAÇAS”	36
2.2 A REORGANIZAÇÃO DO MOVIMENTO ATÉ A DITADURA MILITAR	37
2.3 O NEGRO NA CONSTITUINTE DE 1988 E A CONQUISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO.	41

3 O CAMINHO PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL.....	44
3.1 DA PATOLOGIZAÇÃO À AUTOCONSCIÊNCIA ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO.....	45
3.2 A FORMAÇÃO DO MOVIMENTO LGBT+ NO BRASIL.....	47
3.3 A EPIDEMIA DO HIV E OS LGBTs NA CONSTITUINTE	49
3.4 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A BUSCA POR DIREITOS PERANTE O JUDICIÁRIO.....	52
4 OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26	55
4.1 A MORA DO PODER LEGISLATIVO NA TRAMITAÇÃO DE PROJETOS DE LEI VOLTADOS AO MOVIMENTO LGBT+.....	55
4.2 CRIMES DE RACISMO SÃO ENTENDIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA COMO INJÚRIA RACIAL.....	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Num país como o Brasil, ser membro da comunidade LGBT significa travar uma luta, não apenas por direitos, mas também pela vida. Pesquisas com dados alarmantes indicam que as taxas de violência contra lésbicas, gays, bissexuais e transsexuais são extremamente altas no país, com cerca de 1.685 denúncias formalizadas apenas no ano de 2018¹ e a estatística de 1 LGBT morto a cada 26 horas².

É nesse cenário de violência, abuso e negligência por parte do Estado, que o movimento LGBT+ foi conquistando a passos de formiga os seus direitos civis, políticos, sociais e de aceitação. Em meio a um conservadorismo que historicamente blinda o Poder Legislativo contra as demandas do público LGBT+, foi com o apoio do Poder Judiciário que o movimento conquistou de forma tardia, em 2011, o reconhecimento da união estável homoafetiva em julgamento histórico da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e o direito à doação de sangue por homens homossexuais com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.543.

Apesar das estatísticas não negarem que no Brasil se mata LGBTs, todos os projetos de lei que tramitavam no Poder Legislativo buscando a criminalização da homotransfobia não avançavam, foi apenas em 2012 que a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLBT ajuizou o Mandado de Injunção nº 4.733 em face do Congresso Nacional e, em 2013, o partido político Cidadania ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, ambas pleiteando a criminalização dos atos homotransfóbicos.

Foi em decisão histórica que o Supremo Tribunal Federal julgou ambas as ações, em 2019, reconhecendo a mora do Poder Legislativo no tratamento dos atos discriminatórios perpetrados contra LGBTs e determinando a edição de lei específica para a criminalização. A decisão também acolheu pleito para enquadrar a homotransfobia como espécie do gênero

¹ FERREIRA, Paula. Brasil registrou 1.685 denúncias de violência contra LGBTs em 2018. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-registrou-1685-denuncias-de-violencia-contralgbts-em-2018-23769474>>. Acesso em: 21 Aug. 2021.

² Brasil registra 329 mortes de pessoas LGBT+ em 2019, uma a cada 26 horas. Uol.com.br. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/23/brasil-registra-329-mortes-de-lgbt-em-2019-diz-pesquisa.htm>>. Acesso em: 21 Aug. 2021.

racismo para que a Lei nº 7.716/89, conhecida como Lei Antirracismo, também conferisse proteção contra as discriminações homotransfóbicas, até que legislação específica fosse publicada.

Com essa determinação, a Suprema Corte se apoiou em precedente existente que inovou ao realizar analogia para ampliar o que até então popularmente era entendido por ‘racismo’, trazendo à baila o conceito de ‘racismo social’, no qual a raça não seria mais o fator principal da essência da discriminação racista, possibilitando que novos grupos possam figurar enquanto vítimas de racismo. À primeira vista, é no mínimo estranho que o ‘racismo’ seja amplo o suficiente para se afastar do conceito de raça a ponto de abarcar a homotransfobia e, conseqüentemente, possibilitando que pessoas brancas também sejam vítimas de racismo.

Sendo a decisão proferida há mais de 2 anos, o presente trabalho pretende analisar os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para entender qual a linha argumentativa apresentada que propiciou a ampliação do ‘racismo’. Traçando o histórico de busca por direitos da luta negra e da luta LGBT, propõe-se verificar se a analogia realizada pode ter trazido alguma consequência para a luta negra, no que se refere ao tratamento jurisdicional do crime de racismo e, ainda, analisar se houve algum avanço concreto para o movimento LGBT+ em relação às discriminações homotransfóbicas.

No primeiro capítulo, são apresentadas as ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal, o Mandado de Injunção nº 4.733 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, para então ser apresentado o precedente no qual os Ministros se apoiaram para ampliar o entendimento de racismo e, após, verificar os votos proferidos por cada Ministro, destacando a conceituação realizada em torno dos termos ‘raça’ e ‘racismo’ e, por fim, apresentar a tese formulada pelo julgamento.

Os capítulos dois e três apresentam os caminhos traçados no Brasil pelo movimento negro e pelo movimento LGBT+, respectivamente, expondo-se as nuances históricas de ambas as lutas em sua busca pela efetivação de direitos até a criminalização do racismo e da homotransfobia, a fim de verificar em que grau as discriminações sofridas por negros e LGBTs poderiam se assemelhar.

Por fim, no capítulo quatro, são apontados alguns obstáculos para a efetivação da decisão de criminalização da homotransfobia, apresentando possíveis consequências que a analogia feita trouxe para a realidade das lutas de ambos os movimentos sociais.

1 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4.733 E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE RACISMO.

1.1 A IMPETRAÇÃO DO MI Nº 4.733 E A PROPOSITURA DA ADO Nº 26.

Antes de adentrar na análise sobre a conceituação de racismo utilizada pelo Supremo Tribunal Federal - STF na decisão que criminalizou a homotransfobia, é mister entender a razão pela qual foi impetrado o Mandado de Injunção nº 4.733, doravante denominado MI. nº 4.733, e proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26, doravante denominada ADO. nº 26.

Em 10/05/2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transsexuais – ABGLBT impetrou o MI nº 4.733 em face do Congresso Nacional, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, objetivando:

Obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT+ na atualidade³

Apenas para fins de apresentação, o Mandado de Injunção, positivado no Art. 5º, LXXI da CRFB/88 e na Lei nº 13.300/16, é um remédio constitucional que busca, por meio do Poder Judiciário, solucionar uma possível omissão legislativa ou normativa das normas constitucionais, como explicado por Rodrigo Padilha:

É uma ação judicial, de origem constitucional, de natureza civil, com caráter especial, que objetiva combater a morosidade do Poder Público em sua função legislativa regulamentadora, para que viabilize o exercício concreto de direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionalmente previstas.⁴

³ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Facchin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 set. 2020a. p. 44.

⁴ PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional / Rodrigo Padilha. – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

Nesse contexto, em 28/10/2013, após manifestação do Congresso Nacional e da Advocacia Geral da União pleiteando a denegação da ordem injuncional, foi publicada decisão monocrática na qual o Sr. Ministro Relator denegou o remédio impetrado entendendo que não havia direito subjetivo sendo obstado por falta de regulamentação legal, como se observa:

[...] no sentido de que não há em jogo direito subjetivo especificamente consagrado na Carta Magna cuja fruição esteja sendo obstada pela ausência de regulamentação legal, mas sim um legítimo e bem articulado movimento em prol de uma legislação criminal ainda mais rigorosa no tocante à punição de condutas homofóbicas [...]⁵

Diante da extinção do MI. nº 4.733, em 19/12/2013 a ADO. nº 26 foi proposta pelo que à época era o Partido Popular Socialista – PPS, hoje partido político Cidadania, sob relatoria do Ministro Celso de Mello.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, positivada no art. 103 da CRFB/88 e no Art. 12-A da Lei nº 9.868/99, assim como o Mandado de Injunção, também é “um ‘remédio’ cujo objetivo é combater a ‘síndrome de inefetividade das normas constitucionais’, de eficácia limitada”⁶. A ADO não se confunde com o MI, apesar do objetivo ser o mesmo, visto que a primeira se dá a partir do controle concentrado e a segunda a partir do controle difuso, que são parâmetros procedimentais tratados pelo Direito Constitucional.

A ADO nº 26 teve por objetivo ver sanada a omissão legislativa referente aos atos de homofobia e transfobia, apoiando-se na obrigação constitucional de legislar sobre o racismo, com base no art. 5º, XLII da CRFB/88, ou, caso esta tese não fosse acolhida, com base na obrigação constitucional de legislar sobre as discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, positivada no art. 5º, XLI da Carta Magna, veja-se:

obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da

⁵ O trecho destacado foi retirado da decisão monocrática proferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, em 23 de outubro de 2013, no MI. nº 4.733.

⁶ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).⁷

Ou seja, a essência do pleito de ambas as ações se deu na busca pela criminalização, inicialmente por uma ampliação do conceito de racismo, com base no art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal e, apenas subsidiariamente, pelo dever constitucional de punição contra qualquer forma de discriminação, disposto no art. 5º inciso XLI da Constituição Federal.

Mais tarde, em 14/06/2015, houve a substituição do Relator com base no artigo 38 do Regimento Interno do STF, passando a relatoria ao Ministro Edson Fachin que, em 15/06/2016, proferiu decisão de reconsideração sobre o não conhecimento do Mandado de Injunção, indicando ser cabível o remédio citado e reconhecendo a possibilidade de suprimento judicial da lacuna existente na proteção de LGBTs contra os atos discriminatórios que sofrem.

Com o retorno da tramitação do MI. nº 4.733 e sendo o objetivo de ambas as ações o mesmo, a tramitação destas ocorreu paralelamente para que fossem julgadas em conjunto, requerendo-se (i) na hipótese de acolhido o pleito de criminalização, a declaração de mora legislativa do Congresso Nacional; e (ii) a fixação de prazo razoável para a edição da legislação específica que irá criminalizar os atos de violência contra a população LGBT+.

Somente 7 anos após o protocolo do MI. nº 4.733, 6 anos após o protocolo da ADO. nº 26 e decorridas seis sessões plenárias do STF no ano de 2019, foram proferidas as decisões de ambas as ações, nas quais, por maioria absoluta, a Suprema Corte conheceu o MI. nº 4.733, concedendo a ordem injuncional para:

(i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional; e (ii) aplicar, com efeitos prospectivos, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a 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, nos termos do voto do Relator [...]⁸

Já na decisão que julgou procedente a ADO nº 26, a Corte entende que as práticas homotransfóbicas poderiam ser qualificadas enquanto racismo na dimensão social, veja-se:

⁷ *Idem.* p. 33-34

⁸ Trecho extraído da ementa do Acórdão de Julgamento do MI nº 4.733.

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 LGBTI+; b) declarar, *em consequência*, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; [...] 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 LGBTI+, 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; [...]⁹

Com a manifestação do STF pelo cabimento dos atos homotransfóbicos enquanto racismo, o presente trabalho passa a se debruçar especificamente sobre o Acórdão proferido na ADO nº 26, para que seja possível entender quais foram os argumentos teóricos apresentados pelos Ministros, que justificariam a ampliação do conceito de racismo para aglutinar as práticas de homofobia e transfobia.

Dessa forma, apresentadas as vias procedimentais do MI e da ADO, o histórico de propositura das ações e a fundamentação jurídica que estruturou os pleitos realizados nas referidas ações, antes de adentrar na análise propriamente dita da decisão, apresenta-se, preliminarmente, um importante precedente do STF que foi utilizado como base argumentativa pela maioria dos Ministros para a decisão de criminalização.

1.2 O HABEAS CORPUS Nº 82.424-2/03 (CASO ELLWANGER)

Na fundamentação utilizada pelos Ministros no julgamento da ADO nº 26, analisada no subcapítulo 1.3 desta dissertação, nota-se que um precedente da própria Suprema Corte teve grande destaque entre os votos proferidos, visto que foi a primeira vez que o STF ampliou o conceito de racismo, em 2004, ao julgar o Habeas Corpus nº 82.424-2/03, conhecido como

⁹ Trecho extraído da ementa do Acórdão de Julgamento da ADO nº 26.

‘Caso Ellwanger’. O julgamento ainda contou com a participação dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio, que mais tarde também votariam na criminalização da homotransfobia.

Extraí-se dos fatos que o paciente Sigfried Ellwanger, negacionista do holocausto, era escritor e sócio de uma editora, na qual escreveu, editou e distribuiu obras antissemitas de autoria própria e de outros escritores. Por esse motivo, Ellwanger foi acusado de racismo contra Judeus, com base no Art. 20 da Lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89), vindo a ser condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.¹⁰

Opostos os devidos recursos e sem sucesso na absolvição, os advogados de Ellwanger impetraram o Habeas Corpus perante o STF, não objetivando a discussão se o ato de discriminação em si foi cometido, mas sim de que o crime ocorrido teria sido de cunho religioso e não racial. O pilar central da defesa de Ellwanger se deu na premissa de que os Judeus não seriam uma raça e, assim sendo, não se poderia ter configurado o crime de racismo.

A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória.¹¹

Nesta circunstância, o julgamento do remédio constitucional voltou sua discussão para, dentre outros aspectos, buscar uma definição mais específica do conceito de ‘raça’ e de ‘racismo’, para que fosse possível entender se a discriminação cometida por Ellwanger poderia ser tratada enquanto racismo e, sendo assim, considerada imprescritível conforme os ditames do Art. 5º, XLII da CRFB.

O Tribunal decidiu, por maioria absoluta, negar provimento ao Habeas Corpus entendendo que a escrita, edição e distribuição de obras antissemitas seria considerada

¹⁰ SILVA, Adrian; DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. *Estudios constitucionales*, v. 9, n. 2, p. 771–790, 2011.

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004., p. 11

discriminatória e racista, “por ser fundada em uma superiorização de uma raça em relação à outra”¹².

Dentre as teses criadas no julgamento, para justificar a ampliação dos ideais de raça e racismo, insta salientar a indicação de que o conceito científico de raça, até então utilizado, seria na verdade inexistente e, portanto, sendo plenamente possível a caracterização do racismo em face de outros grupos minoritários além dos negros.

Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. [...] A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo.¹³

Entre os votos proferidos, destaca-se o do Ministro Relator Maurício Corrêa que, enquanto membro da Constituinte de 88, aponta a presença e referência aos negros que a época estiveram presentes lutando pela criminalização do racismo no texto constitucional, reconhecendo que essa criminalização enquanto crime imprescritível adveio da dívida histórica da sociedade com a população negra, conforme citado por Juarez Monteiro:

A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos.¹⁴

¹² SILVA, Adrian; DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor. A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger. *Estudios constitucionales*, v. 9, n. 2, p. 771–790, 2011.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004., Ementa.

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERA. Habeas Corpus nº 82.424-2/RS apud JÚNIOR, Juarez Monteiro. O habeas corpus 82.424-2 e a construção dos conceitos de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Contudo, apesar de reconhecer que a criminalização do racismo ocorreu devido ao papel dos negros na Constituinte, o Ministro afirmou com veemência a possibilidade de extensão do que seria considerado ‘racismo’, afastando o conceito biológico de raça para que a interpretação constitucional do termo seja feita observando também as concepções histórica, política e social.

Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.¹⁵

Indo além, o Ministro Nelson Jobim afirma inclusive que apesar da discussão da Constituinte ter se voltado para o negro, lá também estavam presentes os judeus e os homossexuais, o que teria dado a oportunidade de discussão da discriminação que também era sofrida por esses grupos.

O supracitado Ministro afirma ainda que, apesar da discriminação em face de outros grupos minoritários não ter sido criminalizada como se deu em razão dos negros, a Assembleia Constituinte teria deixado aberta a possibilidade de discussão de “racismos não conhecidos no momento de 88”¹⁶:

No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.¹⁷

Exposto o caso e, sabendo-se que outras discussões também tiveram sua importância no julgamento, como o conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, é possível notar que, no que se refere aos conceitos de ‘raça’ e ‘racismo’, os Ministros concordaram com uma nova interpretação constitucional que mais tarde serviu de fundamentação para a criminalização da homotransfobia pela Suprema Corte em 2019.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

1.3 OS CONCEITOS DE ‘RAÇA’ E ‘RACISMO’ NA DECISÃO DA ADO Nº 26 E O VOTO DIVERGENTE DO MIN. MARCO AURÉLIO.

A seguir, o presente trabalho passa a se debruçar especificamente sobre o Acórdão proferido na ADO nº 26 visando analisar os argumentos e conceitos apresentados pelos Ministros que justificariam a ampliação da interpretação de racismo para aglutinar as práticas de homofobia e transfobia. Dessa forma, se analisarão os aspectos centrais dos votos proferidos, iniciando pelo Ministro Relator Celso de Mello.

Ministro Relator Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello, que também fez parte do julgamento do HC nº 82.424, realizou a relatoria do caso se manifestando no mesmo sentido no qual já havia se posicionado no citado precedente, apontando que o conceito de ‘raça’ estaria passível de imprestabilidade, uma vez que reafirmaria “a irredutibilidade dos seres humanos a seus perfis genéticos [...]”¹⁸ e, ainda, identificando o racismo enquanto uma ideologia que serviria para justificar a prática de discriminação:

[...] na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (HC 82.424/RS), reconhecendo a imprestabilidade do conceito de ‘raça’ como forma de identificação das comunidades humanas, tem assinalado que o racismo nada mais é do que uma ideologia, fundada em critérios pseudo-científicos, que busca justificar a prática da discriminação e da exclusão, refletindo a distorcida visão de mundo de quem busca construir, de modo arbitrário, hierarquias artificialmente apoiadas em suposta hegemonia de um certo grupo de pessoas sobre os demais existentes nas diversas formações sociais.¹⁹

Continuando, o Ministro vota a favor da criminalização, afirmando que o racismo na verdade se projetaria numa dimensão abertamente cultural e sociológica, não estando restrito aos aspectos antropológicos ou biológicos.

Entendo, por tal motivo, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, tal como sucedeu no exame do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), que o Supremo Tribunal Federal reafirme a orientação consagrada em referido precedente histórico no sentido

¹⁸ Trecho extraído do voto do Ministro Celso de Mello em sede de julgamento da ADO nº 26.

¹⁹ *Idem.*

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, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero. A prática do racismo – eliminada a construção artificial e equivocada do conceito de ‘raça’ – traduz a expressão do dogma da desigualdade entre os seres humanos, resultante da exploração do preconceito e da ignorância, significando, em sua concreta expressão, a injusta denegação da essencial dignidade e do respeito mútuo que orienta as relações humanas.²⁰

Ministro Luiz Fux

Já o Ministro Luiz Fux, trazendo também o julgamento do HC nº 82.424, indica que “raça são homens de carne e osso”²¹ e que o Supremo Tribunal Federal já teria se manifestado no sentido de afirmar um conceito amplo de racismo, o qual “se dá contra seres humanos, qualquer que seja a sua fé e a sua orientação sexual”²²:

[...] o Judiciário está fazendo a interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo à luz da homofobia. O próprio Supremo Tribunal Federal já firmou seu conceito de que racismo é um delito cometido contra o homem de carne e osso, integrantes da comunidade LGBT, judeus e afrodescendentes. Tudo isso é racismo. E por que que nós temos que promover essa interpretação conforme a Constituição? Porque o racismo implica delitos imprescritíveis.²³

Ministro Luís Roberto Barroso

O Ministro Luís Roberto Barroso assinala em seu voto que há mora constitucional na regulamentação do artigo que torna o racismo crime inafiançável e imprescritível e, também, indica que a homofobia e a transfobia poderiam não se enquadrar no significado popular existente para racismo, mas que, não obstante, o STF já teria se manifestado quanto ao alcance que deveria ser dado ao termo no texto constitucional, sendo esse alcance de caráter abrangente.

Em segundo lugar, também há mora inconstitucional na regulamentação do art. 5º, XLII, CF, de acordo com o qual ‘a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei’. Ainda que a homofobia e a transfobia possam não se enquadrar no sentido usualmente atribuído ao termo racismo na linguagem popular, é certo que esta Corte, encarregada de interpretar o

²⁰ *Idem.*

²¹ Trecho extraído do voto do Ministro Luiz Fux em sede de julgamento da ADO nº 26.

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

sentido e o alcance do texto constitucional, manifestou-se de forma inequívoca a respeito do alcance a ser dado a esse conceito, adotando definição abrangente.²⁴

Após, o Ministro também traz o HC nº 82.424 para indicar que o tratamento constitucional do racismo serve para toda e qualquer forma de ideologia de inferiorização e estigmatização de grupos, sendo esse o caso da comunidade LGBT+.

Diante desse conceito, encampado por esta Corte, a vedação constitucional ao racismo é abrangente o suficiente para abarcar a proibição de toda e qualquer forma de ideologia que pregue a inferiorização e a estigmatização de grupos, a exemplo do que acontece com a comunidade LGBTI+.²⁵

Ministra Rosa Weber

A Ministra Rosa Weber suscita os mesmos argumentos já apresentados pelos outros Ministros, trazendo também o Caso Ellwanger para justificar seu reconhecimento pela ampliação do conceito jurídico-constitucional do racismo, afirmando que no caso julgado “os discursos antissemitas equivaleriam ao *discrímen* com conteúdo racista, ‘reforçados pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam’”²⁶.

Alguns argumentos trazidos no voto do Ministro Relator também são citados pela Ministra Rosa Weber, afastando o conceito biológico de raça e asseverando que o reconhecimento do citado precedente, além de trazer autoridade e institucionalidade ao julgado, também estaria em consonância com a doutrina, ao determinar que diante de preceitos constitucionais que implementem proteções a direitos fundamentais, a interpretação utilizada deverá ser a que mais der eficácia à norma.

Além disso, está em consonância com a recomendação da doutrina jurídica de que, diante de normas constitucionais que visam a implementar proteções a direitos fundamentais, seja evitado ‘método interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais’ (FREITAS, Juárez. 2007). Na lição de Jorge Miranda, ‘a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação’ (MIRANDA, Jorge, 1998)²⁷

²⁴ Trecho extraído do voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de julgamento da ADO nº 26.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Trecho extraído do voto da Ministra Rosa Weber em sede de julgamento da ADO nº 26.

²⁷ *Idem.*

Ministro Gilmar Mendes

Em sua fundamentação, o Ministro Gilmar Mendes aduz que o conceito de ‘raça’ na verdade veio de um processo político-social, servindo apenas para “dividir e classificar os seres humanos em ‘categorias’²⁸ e, por isso, teria originado o racismo.

Para o Ministro, que fez parte do julgamento do Caso Ellwanger, o conceito de raça biológico não deve ser visto isoladamente, porque o preconceito viria associado a diversos fatores, motivo pelo qual as visões sociológica e antropológica devem ser consideradas.

É preciso enfatizar também que, no Brasil, o problema do preconceito vem associado a diversos fatores – além da raça, em sentido estrito –, dentre os quais se sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo, sua origem étnica e sua orientação sexual ou sua identidade de gênero. Nesse contexto, não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a sociológica e também a antropológica.²⁹

Um dado interessante trazido pelo Ministro são as estatísticas do Relatório “Violência LGBTFóbicas no Brasil” de 2018, do Ministério dos Direitos Humanos, no qual foi realizado censo que apurou que, das 4.783 denúncias realizadas em 2016, 39,9% das vítimas dos atos de homofobia seriam negras ou pardas, indicando a sobreposição das discriminações que poderia indicar “que o racismo talvez possa fortalecer a homofobia”³⁰.

Sendo assim, o Ministro seguiu o mesmo entendimento que proferiu para considerar os judeus enquanto raça a partir do aspecto antropológico, entendendo que o mesmo raciocínio é possível para a homotransfobia já que o conceito jurídico de racismo não poderia se afastar do que seriam os aspectos histórico, sociológico e cultural.

²⁸ Trecho extraído do voto do Ministro Gilmar Mendes em sede de julgamento da ADO nº 26.

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

Logo, o voto proferido indica ser plenamente possível a ampliação da interpretação da Lei Antirracismo, sob a ótica da Constituição Federal, para abarcar a discriminação contra a população LGBT+.

Já do ponto de vista da interpretação constitucional da Lei Antirracismo, a jurisprudência deste Tribunal corrobora que o sentido constitucional atribuído à norma clama por uma ampliação progressiva da proteção criminal em direção à repreensão de toda e qualquer forma de discriminação, seja ela baseada em cor, raça, etnia ou orientações individuais das mais diversas. [...] Não vejo como se possa atribuir ao texto constitucional significado restrito, isto é, no sentido segundo o qual o conceito jurídico de racismo se divorcia dos conceitos histórico, sociológico e cultural. O que a nossa Constituição visa a coibir é a discriminação inferiorizante, a qual ela repudia com a alcunha de ‘racismo’³¹

Ministro Edson Fachin

O Ministro Edson Fachin trata em seu voto das particularidades do princípio da dignidade da pessoa humana e sua aplicação ao caso, não mencionando especificamente os conceitos de “raça” e “racismo”.

Como na maioria dos votos proferidos, o Ministro aponta o julgamento do caso Ellwanger mas apenas para suscitar o dever constitucional de igual ofensividade do tratamento discriminatório, para que a discriminação contra LGBTs tenha a mesma tutela jurisdicional uma vez dada aos judeus.

Noutras palavras, a igualdade está a nos exigir, enquanto intérpretes da Constituição, que se reconheça a igual ofensividade do tratamento discriminatório, seja para afastar a alegação de que judeus não seriam vítimas de racismo, seja para tolerar a apologia ao ódio e à discriminação derivada da livre expressão da sexualidade.³²

Ministra Cármen Lúcia

Trazendo o mesmo precedente suscitado pelos outros Ministros, a Ministra Cármen Lúcia elucida as definições centrais do julgamento do Caso Ellwanger, sejam elas:

a) inexistência do conceito científico de raça humana [...] ; b) racismo como um ‘conceito político-social’ gerador de preconceito segregacionista [...]; c) a definição jurídico constitucional de racismo advém da “interpretação teleológica e sistêmica da

³¹ *Idem.*

³² Trecho extraído do voto do Ministro Edson Fachin em sede de julgamento da ADO nº 26.

Constituição Federal conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma”; d) a prática do racismo é “atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social” [...]; e) as discriminações raciais compreendem “as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, ‘negrofobia’, ‘islamafobia’ e o ‘anti-semitismo’”.³³

Partindo desses preceitos, a Ministra indica que a dignidade da pessoa humana seria a principal vítima da prática de racismo e não apenas pressupostos de caráter genético tratados no âmbito da Biologia.

Prática racismo aquele que, sob essas premissas sociológicas e jurídicas, promove, fomenta ou instrumentaliza a supremacia racial ideológica, ultrajando não apenas pressupostos genômicos elementares, mas, e principalmente, a dignidade da pessoa humana.³⁴

Com essa definição, a Ministra retrata diversas situações em que a sociedade inferiorizou a população LGBTQ+, levando à atribuição de “características físicas, psicológicas [...] levadas às agruras da dissecação científica”³⁵, como na recente realidade na qual os termos homossexualismo e transexualismo ainda eram considerados doenças.

Portanto, seguindo o entendimento proferido no HC nº 82.424, aponta que “o traço histórico de perseguição das comunidades homo e transexuais, conduzida por uma ideologia supremacista, impõem [*sic*] a subsunção da homotransfobia ao gênero racismo”³⁶.

Ministro Alexandre de Moraes

Sem se aprofundar especificamente nos conceitos de “raça” e “racismo”, o Ministro Alexandre de Moraes votou de forma mais principiológica, indicando que a Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo) deverá ser interpretada com base em alguns artigos da Constituição Federal.

³³ Trecho extraído do voto da Ministra Cármen Lúcia em sede de julgamento da ADO nº 26.

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

São apontados os artigos 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); 3º, I e IV (princípio da igualdade); e o artigo 5º, XLI, XLII e §1º da Constituição Federal, para respeitar o dever constitucional de punição contra qualquer discriminação que atente contra direitos e liberdades fundamentais e o dever de imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Relacionando os artigos apontados, o Ministro entende que não há diferenciação perante a Constituição no tratamento de discriminações e, portanto, observando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, seria possível a punição criminal de atos discriminatórios contra a comunidade LGBT+.

A análise desses dispositivos demonstra não haver qualquer diferenciação valorativa constitucional entre a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional e a discriminação ou preconceito em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero. O mandamento constitucional veda quaisquer formas de discriminação e determina a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, com a finalidade de proteção de grupos minoritários vulneráveis contra atos de segregação que inferiorizam seus membros, a partir de critérios “arbitrários e levianos”, componentes de um ‘discurso racializante superficial’ [...] uma vez que a Lei 7.716/1989 deve ser interpretada em conformidade com o texto constitucional que, expressamente, veda não somente preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade; mas estende a proibição a quaisquer outras formas de discriminação, garantindo a igualdade de todos, independentemente de orientação sexual ou identidade e gênero [...].³⁷

Os votos até aqui expostos formaram a maioria absoluta que levou à procedência do pleito para a criminalização. Sendo assim, passa-se à análise dos votos vencidos proferidos pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que julgaram a ação parcialmente procedente e pelo Ministro Marco Aurélio, que a conheceu parcialmente e a julgou improcedente.

Ministro Ricardo Lewandowski

Asseverando que “punir criminalmente a homofobia e a transfobia é simbólico, e é [...] apenas um primeiro passo”, o Ministro Ricardo Lewandowski admite o cenário de violação dos direitos e garantias fundamentais em face da população LGBT+ brasileira e apresenta dados

³⁷ Trecho extraído do voto do Ministro Alexandre de Moraes em sede de julgamento da ADO nº 26.

que indicam a gravidade da situação: “a cada 19 horas, um LGBT é brutalmente assassinado ou se suicida vítima da ‘LGBTfobia’. Matam-se mais homossexuais no Brasil do que nos 13 países onde vigora pena de morte contra os LGBTs”.³⁸

Diante disso, o Ministro reconhece o estado de mora legislativa do Congresso Nacional, já que o Senado Federal vem se omitindo da análise do Projeto de Lei nº 122/2006, que visa a criminalização específica da homofobia e da transfobia.

A Câmara baixa cumpriu seu papel constitucional e aprovou o Projeto de Lei 5003/2001, que, ao ser remetido ao Senado, recebeu o número 122/2006. Entretanto, a Câmara Alta, como bem relatou o Ministro Celso de Mello, vem se omitindo na análise do Projeto de Lei 122/2006. Essa omissão contraria frontalmente a Constituição. Assim, entendo estar configurada mora legislativa inconstitucional na criminalização específica da homofobia e da transfobia.³⁹

A despeito de expor o cenário lastimável vivido pelos homossexuais e transsexuais no Brasil e de apontar a mora legislativa do Congresso Nacional, o Ministro não adentra à discussão conceitual de “raça” e “racismo” ou mesmo se as condutas homotransfóbicas poderiam ser enquadradas na Lei Antirracismo, posto que traz o princípio da reserva legal para suscitar que a Suprema Corte não poderia tratar da questão uma vez que está ligada à matéria penal e, portanto, reservadas ao Parlamento.

Para sustentar sua tese, é apresentado um precedente da Segunda Turma do STF assinalando que a tipificação de condutas somente poderia ocorrer mediante normas domésticas de direito penal:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF).⁴⁰

³⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Tipificação criminal da homofobia é urgente. O Globo. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigotipificacao-criminal-da-homofobia-urgente-23462712>. Acesso em 31/08/2021 apud Voto do Ministro Ricardo Lewandowski em sede de julgamento da ADO nº 26.

³⁹ Trecho extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski em sede de julgamento da ADO nº 26.

⁴⁰ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski em sede de julgamento da ADO nº 26 apud RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello.

Por fim, o Ministro vota para conhecer parcialmente a ação, a julgando parcialmente procedente para “reconhecer a mora legislativa, dando-se ciência ao Congresso Nacional para a adoção das providências necessárias.”⁴¹.

Ministro Dias Toffoli

O Ministro Dias Toffoli, presidindo a sessão, apenas afirma em seu voto que irá acompanhar o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sem tecer quaisquer outros comentários em relação ao mérito da ação.

Ministro Marco Aurélio

Sendo parte do julgamento do caso Ellwanger, o Ministro Marco Aurélio, à época, se posicionou no sentido de negar o Habeas Corpus entendendo que não haveria ilegalidade na decisão que condenou o paciente, sendo cabível o enquadramento da conduta sobre a imprescritibilidade do crime de racismo.

não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.⁴²

Em outro argumento, o Ministro destaca que a via do Habeas Corpus não seria a correta para prestar o reexame dos termos da condenação do paciente, o qual apresentou sua defesa afirmando que não seria possível a imputação pelo crime de racismo, tendo em vista que judeus não seriam uma raça.

Ocorre que, no julgamento da ADO nº 26, apesar de reconhecer a alarmante situação de discriminação em face da população LGBT+ no Brasil e a insuficiência da proteção do Estado brasileiro em promover o bem de todos, sem preconceitos, como determina o artigo 3º da

⁴¹ Trecho extraído do voto do Ministro Ricardo Lewandowski em sede de julgamento da ADO nº 26.

⁴² Trecho extraído do voto do Ministro Marco Aurélio em sede de julgamento da ADO nº 26.

Constituição Federal, o Ministro Marco Aurélio traz atenção para a existência de aspectos instrumentais do pleito.

O Ministro aponta a inadequação da via eleita da ADO, pois o fim perseguido de “determinação no sentido de fixar-se prazo para a aprovação da legislação criminalizadora e, “superando-se a exigência da legalidade estrita parlamentar”, a tipificação das ações comissivas ou omissivas [...] “como crimes específicos por decisão desta Suprema Corte” mediante a observância de preceitos contidos na Lei nº 7.716/1986, a versar “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”⁴³ seria incompatível com a natureza declaratória da ADO.

Nesse ponto, evidencia-se a delimitação de atuação do Supremo em relação aos outros Poderes, uma vez que o princípio da reserva de lei em matéria penal indica que “não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, caso o Supremo optasse por atuar no sentido de interpretar lei penal, a Corte estaria indo de frente com a proibição à analogia.

O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º –, princípio a partir do qual construído todo o arcabouço constitucional em matéria penal, do qual derivam garantias seculares como a ‘proibição à analogia; a utilização do direito consuetudinário para fundamentar ou agravar a pena; a vedação à retroatividade; e a vedação de leis penais e penas de conteúdo indeterminado’ (ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General, Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoria del Delito, 1997, p.140).⁴⁴

Com essa proibição, o STF ainda estaria incorrendo no “esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores [...]”⁴⁵, porque a Lei nº 7.716/89 versa apenas quanto à discriminação ou o preconceito considerando a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a orientação sexual.

“A estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais. Ao versar a discriminação ou o preconceito considerada “a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional”,

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

a Lei nº 7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.”⁴⁶

Ou seja, entendendo pela taxatividade dos preceitos da Lei Antirracismo, o Ministro aduz que não seria possível a leitura da homofobia e da transfobia no “conceito ontológico-constitucional de racismo” e, se porventura, o Supremo interpretasse a referida Lei, desconsiderando a citada taxatividade de seus preceitos, estaria usurpando a competência exclusiva do Congresso Nacional para legislar sobre matéria penal, de acordo com o Art. 22, I da CRFB/88.

“Descabe, para o fim de tipificar determinada conduta, o enquadramento da homofobia e da transfobia “no conceito ontológicoconstitucional de racismo”. O reconhecimento da taxatividade dos preceitos – os quais não podem ser tomados como meramente exemplificativos e desprovidos de significado preciso – rechaça a ampliação do conteúdo proibitivo dos tipos versados na Lei nº 7.716/1989 a partir de eventual identidade considerados os pressupostos justificadores da criminalização, sob pena de ter-se o esvaziamento dos núcleos existentes nos preceitos incriminadores (raça, cor, etnia, religião e procedência nacional) – os quais, repita-se, apenas comportam operação exegética estrita, vinculada aos limites do texto. (ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, 2002. p. 58). **Do contrário, ter-se-á usurpada a competência do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal – artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – cujo caráter privativo afasta até mesmo a edição, pelo Presidente da República, de medida provisória a dispor sobre a matéria – artigo 62, 1º, da Lei Maior.”⁴⁷**

Por meio dos argumentos aqui expostos, o Ministro votou para inadmitir o MI nº 4.477 e, admitir em parte a ADO nº 26, julgando-a improcedente entendendo que a possível omissão pela falta de legislação que criminalizasse a homofobia e a transfobia deveria “se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo [...]”⁴⁸.

Analizados os votos proferidos pelos Ministros e a linha argumentativa usada para enquadrar as condutas homotransfóbicas enquanto crime de racismo perante a Lei nº 7.716/89, expõe-se a seguir a tese criada pelo julgamento da ADO nº 26.

1.4 A TESE FIRMADA PELO JULGAMENTO DA ADO Nº 26.

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

Ao fim do julgamento, sendo a ADO uma ação com caráter objetivo do controle de constitucionalidade, possuindo natureza vinculante e eficácia *erga omnes*, é preciso editar uma tese a ser aplicável com efeito *ex nunc*, sendo a seguinte tese proposta pelo Ministro Relator Celso de Mello:

“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 (LGBT+I+) 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.”⁴⁹

Por meio desta, é concretizada a posição da Suprema Corte de considerar o racismo a partir de seu conceito ontológico-constitucional, assinalando que tal prática resultaria como um tipo de 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”.

⁴⁹ Tese extraída do julgamento da ADO nº 26.

Com a possibilidade de enquadramento da homotransfobia enquanto racismo até que se edite norma específica, é preciso entender características mais específicas dos processos sofridos pelos negros até o caminho para a criminalização do racismo. De que forma a homotransfobia poderia estar relacionada com a luta negra? É preciso analisar de forma mais prática quais os possíveis impactos que a decisão do Supremo Tribunal Federal poderá causar à tutela jurisdicional de ambas as minorias, o que será tratado a seguir.

2 O CAMINHO PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO NO BRASIL

A partir da Constituição Federal de 1988, o crime de racismo tornou-se inafiançável e imprescritível, conforme os ditames do Art. 5º, XLII da Carta Magna e, após, regulamentado pela que ficou conhecida como a Lei Antirracismo ou Lei Caó (Lei nº 7.716 de 1989).

No entanto, para o presente trabalho, é mister entendermos qual o tratamento legislativo era dado à população negra e a sua transformação a fim de traçar um panorama até a criminalização do racismo no Brasil para, então, compará-lo com o ocorrido com a homotransfobia.

2.1 DA ESCRAVIZAÇÃO AO “PROBLEMA DAS RAÇAS”

Com a vinda da população africana ao país, para que tivessem seus corpos violados, vistos como propriedade e sua humanidade sequer reconhecida, podemos observar uma mudança da ótica legislativa sobre a população negra desde o momento em que negros eram equiparados a animais até, lentamente, irem adquirindo humanidade perante a tutela jurisdicional.

Por muito tempo, a função da Lei foi legitimar o interesse dos brancos⁵⁰, já que no período imperial o negro era tratado de duas formas, perante o âmbito civil, enquanto imóvel e, diante da esfera penal, visto como humano apenas para que fosse possível controlá-lo com penas restritivas de direitos e privativas de liberdade.⁵¹ Nota-se ainda que, em persecução penal, caso o escravizado sofresse lesão corporal tal ato seria tratado enquanto dano material ao escravizador, já que à luz da legislação da época o escravizado era tratado civilmente como propriedade.⁵²

⁵⁰ DINIZ, Fernanda. Criminalização do Racismo na Legislação Brasileira. Diálogos sobre diversidade, relações raciais e desigualdade no Brasil, pg. 48, Maringá : Eduem, 2018.

⁵¹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 102. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁵² DINIZ, Fernanda. Criminalização do Racismo na Legislação Brasileira. Diálogos sobre diversidade, relações raciais e desigualdade no Brasil, pg. 49, Maringá : Eduem, 2018.

Já no contexto da República Velha, com a Constituição de 1890, as teorias racializadas ganham maior força, visto que o escravizado, agora alforriado, é colocado em pauta para o debate de como resolver o problema das raças no Brasil.⁵³ Com o Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, que proíbe a entrada de imigrantes africanos e asiáticos no país e também inicia a criação de políticas públicas que serviriam enquanto resposta aos “problemas das raças” – como a questão era tratada na ocasião – , o embranquecimento da população passou a ser uma opção enquanto tentativa de controle de quem deveria ser parte do Brasil enquanto nação.⁵⁴

Ainda que o princípio da isonomia e da não discriminação encontre-se positivado desde a Constituição de 1824⁵⁵, somente com a Constituição de 1934, como um reflexo do início dos ideais racializados proporcionados pelos anos 30, temos a proibição de privilégios com base em origem, sexo, raça, profissão, classe, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas (art. 113, 1); em contrapartida, essa mesma constituição também incumbe à União, aos Estados e aos Municípios o estímulo da educação eugênica (art. 138, b), além de assegurar a possibilidade de restrições aos imigrantes sob o pretexto de garantir a integração étnica (art. 121, § 6º).⁵⁶

Nesse contexto, no qual negros passaram a ser reconhecidos pelo Estado enquanto seres humanos e sujeitos de direitos, a organização de movimentos sociais se tornou um importante mecanismo de voz para que essa população tivesse suas demandas atendidas, culminando na formação de um importante catalisador dessas vozes, a Frente Negra Brasileira – FNB.

2.2 A REORGANIZAÇÃO DO MOVIMENTO ATÉ A DITADURA MILITAR

Com a formação da FNB em São Paulo, o movimento negro passou a ter mais força, adquirindo maior capilaridade entre a população negra brasileira – chegando à marca de até 20

⁵³ Em busca da justiça: o processo de criminalização do racismo no Rio de Janeiro a partir de um estudo quantitativo sobre as bases de dados do ISP - 2007-2010s. Interseções [Rio de Janeiro] v. 17 n. 2, p. 351, dez. 2015.

⁵⁴ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 102. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁵⁵ DINIZ, Fernanda. Criminalização do Racismo na Legislação Brasileira. Diálogos sobre diversidade, relações raciais e desigualdade no Brasil, pg. 55, Maringá: Eduem, 2018.

⁵⁶ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 102. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

mil associados -, o que, conseqüentemente, proporcionou maior afinco para reivindicações políticas. Contudo, com o início do Estado Novo a FNB teve seu fim, assim como outros movimentos sociais existentes à época.⁵⁷

Após o fim do Estado Novo, um novo momento de redemocratização possibilitou que o movimento negro se reorganizasse, com uma grande participação do grupo fundado em 1944 no Rio de Janeiro e liderado por Abdias do Nascimento, o Teatro Experimental do Negro – TEN, que foi praticamente extinto com o início da Ditadura Militar, como nos aponta Petrônio Domingues:

“A proposta original era formar um grupo teatral constituído apenas por atores negros, mas progressivamente o TEN adquiriu um caráter mais amplo [...] Defendendo os direitos civis dos negros na qualidade de direitos humanos, o TEN propugnava a criação de uma legislação antidiscriminatória para o país. [...] Com a instauração da ditadura militar em 1964, o TEN ficou moribundo, sendo praticamente extinto em 1968, quando seu principal dirigente, Abdias do Nascimento, partiu para o auto-exílio nos Estados Unidos. Na avaliação de Gonzalez, o TEN “significou um grande avanço no processo de organização da comunidade [negra]”.”⁵⁸

Sendo certo que a discriminação racial à época permanecia gritante, como podemos notar nas palavras de Antônio Guimarães:

“Primeiro, porque a discriminação racial, à medida que se ampliavam os mercados e a competição, também se tornava mais problemática; segundo, porque os preconceitos e os estereótipos continuavam a perseguir os negros; terceiro, porque grande parte da população “de cor” continuava marginalizada em favelas, mucambos, alagados e na agricultura de subsistência.”⁵⁹

Seguindo a escalada de reorganização do movimento, em 1945 a Convenção Nacional do Negro serviu de base para uma série de demandas, que mais tarde seriam apresentadas na Constituinte de 1946, por meio do Manifesto à Nação Brasileira o qual reivindicava normas antidiscriminatórias contra os negros, além da criminalização do racismo em si. Apesar das reivindicações terem sido apresentadas à Assembleia Nacional Constituinte, a demanda não

⁵⁷ DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. Tempo [online]. 2007, v. 12, n. 23, p. 106. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>>. Acesso em 19 set. 2021.

⁵⁸ *Idem.* p. 109-110

⁵⁹ GUIMARÃES, Antônio S. A. Classes, raças e democracia, São Paulo, Editora 34, 2002, p. 88.

conseguiu força, já que os ideais de democracia racial e da mestiçagem ainda eram muito fortes.⁶⁰

“Um ano depois, na Constituinte de 1946, o senador Hamilton Nogueira, tomando por base o Manifesto à Nação Brasileira, encaminhou projeto à Constituinte, criminalizando a discriminação racial, que se aprovado, integraria o texto constitucional de 1946. A proposta do senador Hamilton Nogueira foi detonada, de forma veemente pelo único representante negro na Assembléia Constituinte, o deputado federal pelo Partido Comunista, Claudino José da Silva. Este, sob a orientação do Partido, afirmou que uma proposta contra o racismo restringiria o sentido mais amplo da democracia; e recebeu, evidentemente, apoios diversos dos demais parlamentares. Para justificar a rejeição da medida antidiscriminatória, alegava-se a falta de provas da existência de discriminação racial no país”.⁶¹

Somente em 1951, após um episódio de racismo contra a bailarina, coreógrafa e educadora afro-americana Katherine Dunham em São Paulo⁶², a conduta tornou-se contravenção penal com a Lei nº 1.390 de 3 de julho de 1951, por iniciativa de Afonso Arinos. Contudo, o citado diploma legal foi tido por insuficiente e “sem clamor público”, como apontam Grin e Maio:

“Em princípio, a elaboração da lei, motivada por um evento contingente, como a manifestação singular de um preconceito racial “inesperado” contra uma negra americana na cidade de São Paulo, não se justificava, para os seus críticos, pois não haveria evidências contundentes de que o Brasil era realmente um país racista. Havia ainda a acusação, em pleno contexto das eleições de 1950, de que a lei não passava de uma estratégia julgada demagógica. Outra restrição dizia respeito à inocuidade da proposta na medida em que seria um tipo de lei de rara aplicação, justo por se mostrar incompleta nas tipificações legais do preconceito racial. Foi considerada, ademais, uma lei sem clamor público e cuja elaboração não passava de uma iniciativa individual como resposta a situações particulares. Foi tida como insuficiente “para transformar a mentalidade racista”, até por companheiros de partido, como o sociólogo e deputado federal Gilberto Freyre (UDN-PE).”⁶³

Neste ínterim, o referido período possibilitou avanços no debate público sobre a criminalização do racismo, embora a resistência por parte da população ainda tenha se mostrado forte. Ocorre que, com uma nova ameaça aos direitos das minorias surgida a partir do Golpe de

⁶⁰ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 220. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁶¹ SEMOG, Éle, NASCIMENTO, Abdias. *Abdias Nascimento: o griot e as muralhas*. Rio de Janeiro: Pallas, 2006. p. 150.

⁶² MARTINS, Eduardo Silveira. (2013). Katherine Dunham e a Lei Afonso Arinos. Disponível em: <https://oabrp.org.br/katherine-dunham-e-a-lei-afonso-arinos/>. Acesso em 12 de julho de 2021.

⁶³ GRIN, Monica; MAIO, Marcos. (2013). O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco. p. 35, Topoi, v. 14, n. 26, jan./jul. 2013

1964 e do início da sombria Ditadura Militar, mais uma vez o movimento negro perdeu forças frente à violência e barbárie impostas pelo Estado.

A Ditadura Militar significou não apenas o esfriamento da discussão geral no que se refere à raça, mas também uma verdadeira desfiguração da realidade do povo negro brasileiro, quando a posição dos militares era de afirmar que o racismo sequer existia, inclusive no âmbito da política externa – como nos explica Karin Kossling, “Sob a ótica do regime militar, os movimentos negros ao tornarem público o racismo brasileiro para o resto do mundo, a discriminação racial e a violência policial no Brasil fariam uma “propaganda adversa” da situação racial no país.”.⁶⁴

Nos anos 70, apesar de toda a hostilidade perpetrada pelo Estado contra diversos setores da sociedade, sob o pretexto de pôr fim aos ideais comunistas, Ronaldo Sales aponta que dois grupos do movimento negro tiveram seu destaque à época, o Movimento Negro Unificado – MNU e o Grupo de Negros do Movimento Democrático Brasileiro – MDB:

“Em meados da década de 70, quando se intensificou a oposição ao regime militar, concentrando-se em torno de um único partido, duas forças políticas se destacavam na luta anti-racistas: (a) o movimento social independente que conduziria à formação do Movimento Negro Unificado Contra a Discriminação Racial (MNU); e (b) o Grupo de Negros do Movimento Democrático Brasileiro - MDB.”⁶⁵

Com o ideal de formar uma frente única antirracista em todo o âmbito nacional, o MNU acabou se generalizando pela maioria das grandes cidades até meados dos anos 80⁶⁶ e significou um marco na história do movimento negro sendo, inclusive, a primeira vez que se ouviu entoar uma das palavras de ordem que até hoje ainda é ouvida na luta preta: “negro no poder”, como descreve Petrônio Domingues:

“O nascimento do MNU significou um marco na história do protesto negro do país, porque, entre outros motivos, desenvolveu-se a proposta de unificar a luta de todos os grupos e organizações anti-racistas em escala nacional. O objetivo era fortalecer o poder político do movimento negro. Nesta nova fase, a estratégia que prevaleceu no

⁶⁴ KOSSLING, Karin. (2007) As lutas anti-racistas de afro-descendentes sob vigilância do DEOPS-SP (1964-1983). p. 42. Tese de Pós-Graduação. Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

⁶⁵ SALES, Ronaldo. (2006) Raça e Justiça. O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça. p. 188. Tese de Doutorado. Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Pernambuco.

⁶⁶ *Idem.*

movimento foi a de combinar a luta do negro com a de todos os oprimidos da sociedade.⁴³ A tônica era contestar a ordem social vigente e, simultaneamente, desferir a denúncia pública do problema do racismo. Pela primeira vez na história, o movimento negro apregoava como uma de suas palavras de ordem a consigna: “negro no poder!”⁶⁷

2.3 O NEGRO NA CONSTITUINTE DE 1988 E A CONQUISTA DA CRIMINALIZAÇÃO DO RACISMO.

Ao fim da Ditadura Militar, com a retomada do movimento democrático, a Constituinte de 1986 contou com ampla participação popular, mas ainda assim a representação dos negros foi minoria mesmo que 46% da população brasileira à época tenha sido composta de pardos e pretos, como apurou a professora Thula Pires ao debruçar-se sobre o trabalho do célebre constitucionalista Daniel Sarmiento:

“Particularmente quanto à questão racial, é necessário enfatizar que enquanto naquele momento os negros (pretos e pardos) representavam aproximadamente 46% do contingente populacional pátrio¹¹³, foram eleitos apenas 11 (onze) representantes negros¹¹⁴ (SARMENTO: 2009) do total de 559 membros, ou seja, 2% dos constituintes.”⁶⁸

Apesar da baixa representatividade na Constituinte, o movimento negro, a partir de reivindicações discutidas na Convenção Nacional do Negro de 1986, apresentou ao centro do debate diversas questões de suma importância, dentre elas, a criminalização do racismo. Seis foram os pontos apresentados na segunda reunião da Comissão de Ordem Social, realizada em 25 de maio de 1987, sendo eles:

“1) a obrigatoriedade do ensino de história das populações negras na construção de um modelo educacional contra o racismo e a discriminação; 2) a garantia do título de propriedade das terras ocupadas por comunidades quilombolas; 3) a criminalização do racismo; 4) a previsão de ações compensatórias relativas à alimentação, transporte, vestuário, acesso ao mercado de trabalho, à educação, à saúde e aos demais direitos sociais; 5) liberdade religiosa; e, 6) a proibição de que o Brasil mantivesse relações com os países que praticassem discriminação e que violassem as Declarações de Direitos Humanos já assinadas e ratificadas pelo país.”⁶⁹

⁶⁷ DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. Tempo [online]. 2007, v. 12, n. 23, p. 114-115. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>>.

⁶⁸ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; CITTADINO, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 108. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

⁶⁹ *Idem*. p. 110-112

Dessa forma, representando um verdadeiro marco histórico para os movimentos sociais brasileiros, a Constituição Federal de 1988, que ficou conhecida como Constituição Cidadã, positivou uma gama de direitos sociais, reconhecendo pontos importantíssimos para diversos grupos minoritários, dentre eles, a criminalização do racismo enquanto crime inafiançável e imprescritível (Art. 5º, inciso XLII).

Como consequência, mais tarde foi aprovada a Lei nº 7.716 de 1989, conhecida também como Lei Caó, que demonstrou uma incomparável amplitude no tratamento da discriminação racial em relação à lei anterior que versava sobre o tema, a Lei Afonso Arinos, a qual se limitou a dispor que a discriminação em estabelecimentos comerciais ou de ensino seria contravenção penal: “Art 1º Constitui contravenção penal, punida nos termos desta Lei, a recusa, por parte de estabelecimento comercial ou de ensino de qualquer natureza, de hospedar, servir, atender ou receber cliente, comprador ou aluno, por preconceito de raça ou de cor.”.

A Lei Caó, que hoje já tem 32 anos de vigência, utilizada para regulamentar o disposto no Art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal, indo muito além da Lei Afonso Arinos, foi categórica em destacar diversos aspectos da vida civil que serão penalizados com pena de reclusão caso incorram em discriminação baseada em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Analisando o panorama traçado, a população negra brasileira, que num passado não muito distante teve seus corpos violados com a escravatura legitimada pelo Estado, pela primeira vez vê a prática do racismo tratada não mais como mera contravenção penal, mas rechaçada no texto da Constituição Federal enquanto crime inafiançável e imprescritível. É visível que o processo para a criminalização do racismo foi um verdadeiro embate, com avanços que ocorreram lentamente já que a cada conquista a luta acabava retraída pelo contexto político e histórico do país.

A confiança do movimento negro de que o Sistema Penal, a partir do encarceramento, seria capaz de resolver tamanho problema, que é a discriminação racial impregnada nas raízes do Brasil, reflete e muito a decisão que mais a frente será estudada neste trabalho, já que historicamente os movimentos sociais procuram ter suas demandas atendidas pela face mais rígida do Estado, que é a jurisdição criminal. Sabemos que essa não foi a solução buscada só

pelo movimento negro, mas também pelo feminista contra a violência à mulher e, agora, pelo movimento LGBT+ com a criminalização da homotransfobia, como se pode observar nas palavras da professora Thula Pires:

“Não por acaso, as lutas por reconhecimento daqueles que estão à margem, como mulheres, negros, homoafetivos, indígenas, entre outros, passam pela necessidade de serem criminalizadas as condutas que os desumanizam. É pela via da única face do Direito que o Estado lhes apresenta que irão vislumbrar a possibilidade de fazer ecoar suas demandas.”⁷⁰

Partindo do aqui analisado, espera-se ser possível entender as idas e vindas enfrentadas pelo movimento negro, que uma vez já tratados pelo Direito brasileiro enquanto propriedade, finalmente tem o Estado se mostrando enquanto um aliado na luta contra a discriminação racial. No entanto, apesar do longo caminho percorrido até a criminalização do racismo, atualmente existem algumas problemáticas envolvendo o tratamento dado ao tipo penal pelo sistema judiciário brasileiro, o que será analisado a seguir.

⁷⁰ *Idem.* P. 220

3 O CAMINHO PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA NO BRASIL.

Com sinais de sua existência desde os primórdios, com os primeiros registros históricos datando de 1.200 A.C.⁷¹, inclusive com as práticas bissexuais sendo extremamente comuns no mundo greco-romano⁷², a existência de homossexuais, bissexuais e transgêneros não é qualquer novidade.

Com a disseminação do cristianismo e da “crença na qualidade natural e a moralidade das relações heterossexuais monogâmicas”⁷³, os atos sexuais que não tivessem pôr fim a procriação passaram a ser considerados sodomia⁷⁴ e, assim, um pecado diante de Deus⁷⁵. Perseguindo esses ideais seculares, “até meados do século XIX a sodomia era considerada pecado frente a Deus e um crime contra o Estado, configurando um pecado-crime”⁷⁶.

“Na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas a Espanha, Portugal, França e Itália católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda protestantes puniam severamente a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as mais sádicas imaginações, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca com ferro em brasa, execração e açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte na fogueira, empalamento e afogamento.”⁷⁷

No Brasil, a chamada sodomia era o crime pelo qual o Estado punia as relações homoafetivas até 1830, quando a descriminalização aconteceu. Esse é o marco inicial de um caminho de negligência, abuso, violência física e psicológica até que a Suprema Corte brasileira tenha decidido pela criminalização da homotransfobia em 2019, 189 anos depois.

⁷¹ Movimento LGBT: a importância da sua história e do seu dia | Politize! Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>>. Acesso em: 7 set. 2021.

⁷² BORRILLO, Daniel. Homofobia: história e crítica de um preconceito; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010. p. 45-47.

⁷³ *Idem*. p. 48

⁷⁴ Para a tradição cristã, em referência à destruição pela ira divina das cidades de Sodoma e Gomorra, nas quais a prática homossexual seria característica de seus habitantes, sodomia seria a prática de qualquer ato sexual que não correspondesse ao que seria ‘a natureza divina’.

⁷⁵ VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. “História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). Iniciação Científica: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, p. 317.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Idem* apud TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

3.1 DA PATOLOGIZAÇÃO À AUTOCONSCIÊNCIA ENQUANTO SUJEITOS DE DIREITO.

A descriminalização das práticas homossexuais privadas e consentidas entre adultos ocorreu no Brasil em 1830, com o 1º Código Penal do Império⁷⁸, o que não significa que o Estado deixou de punir LGBTs por meio de “forças policiais e judiciais ao longo dos séculos XIX e XX de forma a permitir a punição dos indivíduos ‘desviados’ que colocavam em perigo a ‘ordem pública’ ou ‘a moral e os bons costumes’”⁷⁹.

A sodomia havia sido descriminalizada no início do século XIX. Contudo, códigos penais com noções vagamente definidas de moralidade e decência pública, assim como provisões que limitavam o travestismo e controlavam rigidamente a vadiagem forneciam uma rede jurídica pronta para capturar aqueles que transgredissem as normas sexuais aprovadas socialmente. Embora a homossexualidade em si não fosse tecnicamente ilegal, a polícia brasileira e os tribunais dispunham de múltiplos mecanismos para conter controlar esse comportamento.⁸⁰

A formação do discurso brasileiro sobre a homossexualidade ocorreu com o Direito e a Medicina percebendo o homossexual enquanto um ser anormal para o qual a ciência seria a cura.⁸¹ Por influência de pensadores da criminologia, como Cesare Lombroso e Gregório Marañon, que buscavam na fisionomia humana a explicação para o cometimento de crimes, o criminologista e médico Leonídio Ribeiro passou a pesquisar a homossexualidade em busca de uma cura científica para essa “doença”.⁸²

Acreditando que a homossexualidade surgiria de um desequilíbrio das funções endócrinas, Leonídio Ribeiro apontava que seria possível corrigir cirurgicamente a homossexualidade, por meio de práticas que incluíam transplantes de ovarianos ou testiculares.

⁷⁸ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 27.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. “História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). Iniciação Científica: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, p. 356 apud GREEN, James. N. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: Edunesp, 2000.

⁸¹ VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. “História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). Iniciação Científica: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, p. 357

⁸² *Idem.* p. 359

⁸³ Tal “cura” só poderia obter resultados favoráveis desde que as tendências homossexuais (“ginecomastia, gestos ou atitudes que não correspondessem às expectativas referentes ao sexo da criança”) fossem detectadas ainda na infância ou na puberdade.⁸⁴

O pesquisador Aldo Sinisgalli, seguindo a linha da patologização de homossexuais, pugnou pela permissão legal para a internação de homossexuais no Primeiro Congresso Paulista de Psicologia, Neurologia, Psiquiatria, Endocrinologia, Identificação, Criminologia e Medicina Legal, em 1938.⁸⁵ O pesquisador afirmou que somente por meio da internação compulsória seria possível resolver “científica e humanamente esse problema social”⁸⁶, o que acabou suscitando novamente a discussão sobre a criminalização da homossexualidade no Brasil.

As considerações de Sinisgalli trouxeram à tona novamente a questão da criminalização das relações homossexuais no Brasil. Alguns criminalistas consideraram que, apesar de os homossexuais já serem alvo do Direito Penal, através de normas como o artigo 280 do Código Penal de 1890 por “Ultraje Público ao Pudor”, muitos homossexuais que não cometiam delitos escapavam ilesos da máquina punitiva do Estado.⁸⁷

Apesar de propostas de criminalização da homossexualidade terem sido apresentadas para a inclusão no Código Penal de 1940, a homossexualidade não foi incluída nos tipos penais.⁸⁸ Com a revogação do Código Penal de 1830, o Estado passou a utilizar do crime de vadiagem, previsto no Decreto-Lei nº 3.688/41, para frequentemente punir homossexuais e travestis.⁸⁹

Portanto, de acordo com Daniel Cardinali, esses fatos ajudam a entender o porquê da formação do movimento LGBTQ+ organizado só ter ocorrido na década de 70, posto que os LGBTQs passaram por uma intensa patologização, em alguns casos com procedimentos

⁸³ *Idem.* p. 361

⁸⁴ *Idem.* p. 361

⁸⁵ *Idem.* p. 363

⁸⁶ *Idem* apud GREEN, James. N. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: Edunesp, 2000.

⁸⁷ VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. “História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). Iniciação Científica: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008, p. 363

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBTQ no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 28.

cirúrgicos absurdos⁹⁰, o que ainda esteve ligado à crença de que teriam predisposição biológica para condutas criminosas.⁹¹ Nesse cenário “quando um estigma é penoso socialmente, o envolvimento dos sujeitos estigmatizados com a atividade de militância dificilmente ocorrerá caso os custos dessa participação sejam ainda mais altos.”⁹²

3.2 A FORMAÇÃO DO MOVIMENTO LGBT+ NO BRASIL.

Em meados da década de 70, no mesmo contexto que propiciou a retomada do movimento negro com a formação do Movimento Negro Unificado – MNU e do Grupo de Negros do Movimento Democrático Brasileiro – MDB⁹³, o enfraquecimento da Ditadura Militar deu abertura também para o surgimento do movimento homossexual brasileiro, com esta nomenclatura porque envolveu, à época, em sua maioria, apenas homens homossexuais.⁹⁴

Em 1978, foi fundado o Jornal Lâmpião da Esquina, “o primeiro jornal brasileiro voltado ao público homossexual”⁹⁵, que, se alimentando da censura oficial da Ditadura Militar, foi um precursor do que seria a “imprensa alternativa”⁹⁶.

O periódico desafiava o autoritarismo ao publicar “contos, ensaios, notícias do movimento internacional de gays e lésbicas, informações sobre bares e pontos de interação e notas sobre eventos que pudessem interessar aos leitores gays”⁹⁷, se propondo a dar voz para uma minoria oprimida:

Lâmpião reivindica em nome dessa minoria não apenas se assumir e ser aceito – o que nós queremos é resgatar essa condição que todas as sociedades construídas em bases machistas lhes negou [sic]: o fato de que os homossexuais são seres humanos e que, portanto, têm todo o direito de lutar por sua plena realização, enquanto tal.⁹⁸

⁹⁰ Além do transplante de ovários e testículos, os homossexuais receberam também os tratamentos de insulino-terapia, eletrochoque, lobotomia, castração e terapia da aversão.

⁹¹ *Idem.*

⁹² *Idem.*

⁹³ Como visto no capítulo 2.2 deste trabalho.

⁹⁴ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 29.

⁹⁵ *Idem.* p. 30

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ GREEN, James Naylor. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, p. 431.

⁹⁸ Lâmpião da Esquina, 1 (0), 1978:2 apud QUINALHA, Renan. Lâmpião da Esquina na mira da ditadura hetero-militar de 1964. Cadernos Pagu, n. 61, 2021.

Apesar do enfraquecimento do regime ditatorial ao fim da década de 70, o Jornal foi alvo de investigação policial por ofensa “à moral e aos bons costumes”⁹⁹. Contudo, após mobilização do sindicato dos jornalistas, da Associação Brasileira de Imprensa, de intelectuais e do meio artístico e cultural “Finalmente, os militares encerraram a auditoria financeira e retiraram as acusações contra os editores da publicação gay”¹⁰⁰.

Em uma de suas atuações, o Jornal também organizou um Encontro de Homossexuais Militantes, no qual houve discussões políticas sobre as demandas do grupo perante o Estado:

Em dezembro de 1979, o jornal organiza na sede da Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro, um Encontro de Homossexuais Militantes, no qual são formuladas algumas pautas concretas, como a inclusão na Constituição Federal do respeito à “opção sexual” e a despatologização da homossexualidade.¹⁰¹

Após a distribuição do Lampião pelo país, um grupo de homens gays de São Paulo organizou o que seria “a primeira organização duradoura e bem-sucedida de liberação dos gays”,¹⁰² o *Somos*: Grupo de Afirmação Homossexual¹⁰³.

Já o *Somos* foi formado por um grupo de homossexuais em São Paulo, com base na percepção da necessidade de o discurso acerca da homossexualidade ser feito pelos próprios homossexuais para que as vivências não-heterossexuais pudessem ser vistas sob um [sic] luz mais positiva. O discurso do *Somos* se caracterizaria por entender a homossexualidade como potencial agente de uma transformação cultural e social profunda, estando fortemente influenciado pelo ideário da contracultura e o espírito [sic] contestador e antiautoritário que marca a época.¹⁰⁴

Em 1979, protagonizando uma verdadeira “saída do armário”¹⁰⁵, o *Somos* participou de um evento na Universidade de São Paulo – USP, o qual pretendia a discussão sobre as minorias

⁹⁹ GREEN, James Naylor. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, p. 434.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 31.

¹⁰² GREEN, James Naylor. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, p. 432.

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 31.

¹⁰⁵ GREEN, James Naylor. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, p. 433.

brasileiras. Com a participação de representantes do grupo e de editores do *Lampião da Esquina*¹⁰⁶, o evento abordou abertamente a situação dos gays e lésbicas no Brasil:

As discussões que se seguiram às apresentações dos oradores foram acaloradas, à medida que os ataques e contra-ataques entre os representantes de grupos estudantis de esquerda e defensores dos interesses de gays e lésbicas cruzavam a sala. Pela primeira vez, as lésbicas podiam falar abertamente em público sobre a discriminação que sofriam.¹⁰⁷

O *Somos* acabou servindo de exemplo para que diversos outros grupos ativistas se disseminassem pelas capitais do Brasil¹⁰⁸ e, dessa forma, somasse forças para que, mais tarde, em 13 de junho de 1980, fosse possível que o movimento homossexual brasileiro realizasse, em São Paulo, a sua primeira manifestação de rua contra a perseguição de LGBTs e prostitutas perpetrada pelo delegado José Wilson Richetti¹⁰⁹, que chegou a deter mais de 1.500 pessoas com a intenção de “limpar” São Paulo:

Embora a divisão do emergente movimento fosse ardentemente discutida nas páginas do *Lampião*, uma batida policial que resultou na detenção de mais de 1.500 gays, travestis e prostitutas no centro de São Paulo, destinada a ‘limpar’ a área, voltou a unir as forças divergentes. Em 13 de junho de 1980, quinhentas pessoas se reuniram nos degraus do Teatro Municipal para protestar contra as prisões do mês anterior. Sob a garoa fina, os ativistas pediram a demissão do delegado e convocaram a assembleia para uma passeata pelas ruas do centro. [...] a multidão saiu em protesto contra as prisões arbitrárias, entoando ‘Abaixo a repressão, mais amor e mais tesão’. Um movimento havia nascido.¹¹⁰

3.3 A EPIDEMIA DO HIV E OS LGBTs NA CONSTITUINTE

Quando o movimento finalmente começou a tomar forma, em 1982¹¹¹ eclode a epidemia do vírus HIV no Brasil, formando um grande estigma apontando que a doença estaria diretamente relacionada com a homossexualidade, enfraquecendo um movimento que mal tinha

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 33.

¹⁰⁹ *Idem.* p. 34

¹¹⁰ GREEN, James Naylor. Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX. São Paulo: UNESP, 2000, p. 436.

¹¹¹ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 34.

aprendido a andar e causando a “desarticulação de muitos grupos organizados e profunda alteração do discurso político dos grupos remanescentes”¹¹².

Em meio à desinformação e pânico, hospitais particulares se recusaram a receber pacientes que estivessem com sintomas mínimos de AIDS, temendo a perda de clientes e funcionários¹¹³. Logo, o discurso patologizante e higienista voltou ao centro do debate social, incitando o isolamento de homossexuais¹¹⁴ e com alguns veículos midiáticos incitando até o extermínio:

O mais importante jornal de Salvador, A Tarde, propôs repetidamente, e em várias de suas colunas, o extermínio dos homossexuais — depois que seu secretário de redação proibiu, em portaria expressa, noticiar qualquer evento relativo aos movimentos gays de liberação. A propósito da aids, um editorialista de A Tarde afirmava, curto e grosso: ‘Quando houve a peste suína no Brasil, a solução foi a erradicação completa dos porcos ameaçados de contágio. Portanto, a solução tem que ser a mesma: erradicação dos elementos que podem transmitir a peste guei’. No mesmo jornal, a coluna de José Augusto Bebert, líder do Grupo Machão da Bahia (provável provocação ao Grupo Gay da Bahia), comunicava que “matar veados não é homicídio, é caçada...”¹¹⁵

Apesar do enfraquecimento do movimento pela situação vivida, uma parte dele se organizou para atuar em combate ao vírus, o que trouxe uma proximidade com o Estado, ao serem formadas ONGs que atuavam no enfrentamento do HIV.

Todavia, outra parte do movimento logo percebeu a necessidade de enfrentamento da doença, atuando num primeiro momento por meio de um trabalho assistencialista emergencial, mas logo buscando os serviços de saúde com intuito de obter ajuda governamental no combate à doença, o que gerou uma resposta estatal organizada ainda nos primeiros anos da epidemia, primeiramente no âmbito dos Estados e depois no âmbito da União, com a estruturação do Programa Nacional de DST/Aids dentro da estrutura do Ministério da Saúde em 1988. Neste contexto, um novo relacionamento entre os homossexuais organizados e os órgãos governamentais é forjado: os grupos, agora articulados como ONGs, passam a receber verbas estatais

¹¹² *Idem.*

¹¹³ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 432.

¹¹⁴ Falas absurdas foram disseminadas em mídia aberta, como a do radialista Afanásio Jazadji que propôs o isolamento de LGBTs da sociedade: “os homossexuais, essas lésbicas, esses pederastas sejam isolados, alijados [da sociedade, pois] essa bicharada anda agora com essa peste matando pessoas. Como anormais que são, devem ficar confinados não sei lá onde. [...] Lamentavelmente, nosso Brasil está em terceiro lugar nessa “peste gay”, nessa doença que mata. Então, tem que se isolar esses canalhas. Eles estão no governo, aqui, ali, em toda parte. São um perigo à saúde pública. Se você tomar um cafezinho no bar, numa xícara usada por eles, você irá contrair a doença. Eles têm que ser isolados da comunidade.” (TREVISAN, J. S. “Devassos no Paraíso...” *Op. Cit.* p. 442)

¹¹⁵ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 443.

para atuar no enfrentamento da doença, nos termos das diretrizes construídas pelo Ministério e secretárias de saúde.¹¹⁶

De fato, o cenário não era o mais favorável ao movimento, ainda que algumas conquistas importantes tenham ocorrido nesse período, como “a retirada da homossexualidade do código de doenças do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, em 1985”¹¹⁷ e a propagação da substituição do termo “opção sexual” por “orientação sexual” no meio político¹¹⁸.

Com a relação homoafetiva no centro do debate social, o movimento LGBTQ+ tentou incluir a discriminação por “orientação sexual” na Constituição de 1988 por meio da Assembleia Constituinte¹¹⁹, mas a tentativa sofreu forte resistência por parte do Congresso Nacional.

Os parlamentares indicaram que a medida “iria estimular a libidinagem, a imoralidade e a devassidão, e que serviria apenas para incentivar os “maus costumes”, ridicularizar as instituições oficiais e propagar a epidemia de AIDS”¹²⁰. A derrota da proposta foi alvo de chacota pela bancada evangélica, chegando a chamá-la de “emenda dos viados” e “desorientação sexual”¹²¹.

Tampouco o pleito do reconhecimento das uniões homossexuais na Constituição teve êxito, que sequer teve apoio dos constituintes que eram simpatizantes da causa LGBTQ: “No tocante ao reconhecimento jurídico das uniões homossexuais na Constituição, nem os constituintes simpáticos à causa, provavelmente inclusive por razões estratégicas, levantaram a bandeira durante a Constituinte”¹²².

¹¹⁶ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBTQ no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 36.

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.* p. 37

¹²⁰ *Idem.* p. 38

¹²¹ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 443.

¹²² CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBTQ no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 38.

3.4 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A BUSCA POR DIREITOS PERANTE O JUDICIÁRIO

Embora as demandas de combate à discriminação por orientação sexual e o reconhecimento das uniões homoafetivas propostas na Constituinte não tenham sido atendidas, a década de 90 e o início do século XXI trouxeram um novo momento de “revigoramento do movimento”¹²³, com uma relação mais estreita com o Estado e sob a égide da Constituição de 1988, novas vias de aquisição de direitos foram aproveitadas.

No contexto pós ditatorial e de redemocratização, diversos partidos políticos passaram a ter divisões voltadas ao público LGBT, que passaram a atuar ativamente no lançamento de “candidatos aliados da causa e formulando projetos de lei e políticas públicas em atendimento às demandas do movimento [...] e de Frentes Parlamentares em defesa dos direitos LGBT”¹²⁴, verificando-se ainda a formação dos primeiros grupos voltados especificamente para a defesa de transexuais e travestis¹²⁵.

Em 1997, em discussão do Projeto de Lei nº 1.151/1995 da Deputada Federal do PT-SP Martha Suplicy, o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas é discutido na Câmara Federal¹²⁶, mas novamente a medida é frustrada diante da resistência dos setores mais conservadores.

Quase dez anos depois, em dezembro de 1997, ocorreu clima parecido na Câmara Federal, quando se debatia mais uma vez o projeto de parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo — vulgarmente chamado de “casamento gay” —, proposto pela então deputada federal Marta Suplicy. A discussão, que só acabou após as 23h30 horas, atingiu um nível de baixezinha poucas vezes visto até então naquela Casa. Segundo jornalistas presentes, os deputados faziam gestos obscenos, vaiavam, gritavam gracinhas e grosserias não só a Marta Suplicy, mas também a outros deputados favoráveis ao projeto, como Fernando Gabeira e até mesmo o então líder do governo Luís Eduardo Magalhães. Alguns conservadores protestavam que o projeto era ‘um desrespeito à Casa e uma aberração da natureza’.¹²⁷

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Idem.* p. 39

¹²⁵ *Idem.* p. 38

¹²⁶ *Idem.* p. 39

¹²⁷ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 158-159.

Cada vez mais o movimento LGBTQ+ se aproxima do Poder Judiciário buscando ter suas demandas e especificidades devidamente tuteladas pelo Estado, o que há tanto tempo lhes foi negado. Com a vinda do Código de Defesa do Consumidor em 1990, o movimento passa a utilizar o princípio da igualdade como argumento para conseguir medidas antidiscriminatórias em estabelecimentos comerciais.

Assim, a busca por um tratamento igualitário em bares, restaurantes, hotéis, shopping centers, etc., gerou demandas por medidas anti-discriminatórias, dando ensejo à aprovação de leis contra a discriminação em estabelecimentos comerciais por vários Estados e Municípios.¹²⁸

Marcando o início dessa judicialização, em 2000 o STF julgou o RE nº 271.286 que obrigou o Estado a fornecer gratuitamente a medicação para o tratamento do HIV¹²⁹, assegurando o direito à saúde universal positivado na Carta Magna.

Entre a década de 1990 e 2000¹³⁰, o movimento teve diversas conquistas perante o Poder Judiciário relativas à constituição de família, como o reconhecimento de “direitos previdenciários, sucessórios e à adoção ou guarda de crianças”¹³¹. Em 2011, por meio das ADI 4277 e da ADPF 132, o STF equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis e, apenas em 2013, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 175 que possibilitou o casamento para homossexuais e, conseqüentemente, a conversão de união estável em casamento para essas pessoas.

Importante destacar que a lentidão com que o movimento LGBTQ+ realiza suas conquistas está evidentemente relacionada, dentre outros fatores, com a resistência dos setores mais conservadores com a diversidade que não apenas realizam críticas, mas se movimentam e articulam para “blindar o Poder Legislativo contra as demandas LGBTQ+”¹³².

Como exemplo máximo desse contramovimento, pode-se citar o PL 6583/13, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR/PE), que dispõe sobre o ‘Estatuto da

¹²⁸ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBTQ+ no STF: limites, possibilidades e conseqüências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 41.

¹²⁹ *Idem.* p. 40.

¹³⁰ *Idem.* p. 42

¹³¹ *Idem.*

¹³² *Idem.* p. 43

Família', prevendo como entidade familiar apenas aquela formada por casais de sexo diferente, visando expressamente à reversão da decisão do STF¹³³

É com esse caminho tortuoso de negligência do Estado e de forte resistência conservadora que o movimento LGBTQ+ finalmente conquistou, em 2019, a criminalização da homotransfobia por meio do julgamento do MI. nº 4.733 e da ADO. nº 26 pelo STF, com a Lei Antirracismo (Lei nº 7.716/89) abarcando a conduta até que se edite legislação específica.

Após análise do histórico que levou o movimento negro e o movimento LGBTQ+ a demandarem do Poder Judiciário a criminalização das discriminações que sofriam – e ainda sofrem -, nota-se que existem diversas similaridades na forma em que o Estado não só falhou, como oprimiu e ainda oprime estes grupos. Mas, essas similaridades seriam tão fortes a ponto de significar que ambas as discriminações poderiam ser tratadas da mesma forma?

¹³³ *Idem.*

4 OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NA ADO Nº 26

Sem retirar a importância do combate à homotransfobia e de sua criminalização, propõe-se uma análise da aplicabilidade da decisão proferida na ADO nº 26, visto que, apesar da postura antidiscriminatória da Suprema Corte ter sido a correta, quando se decidiu pela criminalização por meio de analogia com a Lei Antirracismo, algumas barreiras foram encontradas na execução do *decisium*, as quais serão expostas neste capítulo.

4.1 A MORA DO PODER LEGISLATIVO NA TRAMITAÇÃO DE PROJETOS DE LEI VOLTADOS AO MOVIMENTO LGBT+.

O primeiro ponto a ser destacado é a mora do Poder Legislativo em criar legislações específicas para a tutela do Estado sobre os LGBTs e as minorias em geral. Mora esta que fez a criminalização da homotransfobia não ter seguido o devido processo legislativo, vindo a se concretizar somente após a provocação do Poder Judiciário.

Como já explicitado anteriormente, grupos conservadores acabam blindando o Poder Legislativo contra demandas de LGBTs¹³⁴, o resultado disso é que nenhum projeto voltado ao grupo foi aprovado desde 1988 e, na maioria dos casos, por falta de análise, a proposta acaba caducando.

Com a tradição conservadora brasileira estando sempre refletida na política, com uma bancada evangélica que desde 1994 já aumentou 500% e hoje conta com 105 deputados e senadores que representam 20% de todo o Congresso Nacional¹³⁵, não é surpresa que as pautas relacionadas à diversidade sexual e de gênero sofram represália.

¹³⁴ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 43.

¹³⁵Veja quais deputados e senadores fazem parte da bancada evangélica. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/veja-quais-deputados-e-senadores-fazem-parte-da-bancada-evangelica/>>. Acesso em: 12 Set. 2021.

O discurso desses setores é marcado pela defesa de uma concepção de família exclusivamente heterossexual-monogâmica ('tradicional') e pela oposição de discursos e práticas discriminatórios, com fundamento na liberdade de expressão.¹³⁶

Sem saída, o movimento LGBTQ+ voltou suas demandas ao Poder Judiciário, por meio do qual conseguiu algumas conquistas diante da dificuldade do Poder Legislativo em seguir com os projetos.

Este processo é especialmente verdadeiro no caso do movimento LGBTQ, a partir de uma "agenda mais propositiva e inclusiva em relação ao Judiciário", uma vez que os espaços políticos majoritários encontram-se cerrados as suas demandas, "sendo o direito a nova linguagem dessa disputa política". Neste sentido, a importância central que o Judiciário assumiu na agenda do movimento LGBTQ nacional deve ser pensada diretamente "à luz das dificuldades de se gerarem acordos no âmbito do legislativo."¹³⁷

Portanto, apesar do movimento LGBTQ+ ter conquistado diversos direitos por meio do Poder Judiciário, a verdade é que há uma grande falha por parte do Poder Legislativo em dar seguimento aos projetos voltados à proteção de LGBTQs. Ainda, mesmo que o STF tenha reconhecido a mora do Legislativo e determinado a edição de lei específica para a homotransfobia, até o momento, 2 anos após a decisão, a referida lei segue sem ter sido aprovada.

4.2 CRIMES DE RACISMO SÃO ENTENDIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA COMO INJÚRIA RACIAL.

Com a criminalização dos atos discriminatórios raciais enquanto crime imprescritível na Constituição Federal de 1988, esperava-se que por meio do Sistema Penal ocorresse o reconhecimento dos negros dentro da sociedade brasileira e, assim, se observasse uma mudança na realidade da população negra.

Sabendo que na Constituinte a criminalização só ocorreu como uma resposta à pressão social do movimento negro à época, a realidade acabou se mostrando oposta ao intencionado, dado que ainda há um mito em nossa identidade nacional de que "o Brasil seria uma democracia

¹³⁶ CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBTQ no STF: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, p. 42-43.

¹³⁷ *Idem.* p. 46

racial, conformado por relações harmônicas entre brancos, negros e indígenas e desprovido de discriminações raciais”¹³⁸.

Como um reflexo desse mito, o Poder Judiciário acaba se tornando “um espaço de articulação e ratificação do poder da branquitude”¹³⁹ quando se percebe que os crimes de discriminação racial são recebidos e julgados em sua maioria como injúria racial e não como racismo, significando um esvaziamento da tutela penal disposta na Lei Caó.

“Em geral, no âmbito criminal, as denúncias de discriminação racial são recebidas como injúria racial e não como racismo. Por exemplo, no Distrito Federal, apenas 6,6% dos casos de crimes raciais foram enquadrados com racismo em comparação à injúria racial. [...] a incidência majoritária da injúria restringe potencialmente a abrangência da tutela penal, bem como pode sugerir uma baixa compreensão dos agentes públicos em relação aos significados do racismo na sociedade brasileira.”¹⁴⁰

Dessa forma, diversas foram as dificuldades na aplicação do crime de racismo levando em consideração toda a robustez com a qual se deu a tipificação. Como apontado pela professora Thula Pires, para que uma conduta seja enquadrada no tipo penal da Lei nº 7.716/89, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial majoritário indica que devem ser comprovados três elementos:

“(1) evidência direta do ato discriminatório (2) evidência direta da discriminação do ofensor para o ofendido e (3) evidência da relação de causalidade entre aqueles que a atitude do agressor foi com a intenção de discriminar racialmente. (OEA, 2006)”¹⁴¹

Percebendo-se que, em relação ao elemento 3 supracitado, a comprovação do dolo específico de cunho racial era difícil de comprovar, em razão da maior parte das discriminações ocorrerem de forma velada¹⁴², adveio a Lei 9.459/1997 que incluiu no Art. 140 do Código Penal a qualificadora de injúria racial que, de acordo com o §3º do citado artigo, consiste “na

¹³⁸ QUEIROZ, M.; DA SILVA COSTA, R.; SILVA GARCIA, L. Racismo e injúria racial: mudança jurisprudencial no caso Heraldo Pereira. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 5, n. 2, p. 48, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36111>. Acesso em: 6 set. 2021.

¹³⁹ *Idem.* p. 51

¹⁴⁰ *Idem.* p. 50

¹⁴¹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Rio de Janeiro, 2013. p. 271. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

¹⁴² QUEIROZ, M.; DA SILVA COSTA, R.; SILVA GARCIA, L. Racismo e injúria racial: mudança jurisprudencial no caso Heraldo Pereira. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 5, n. 2, p. 54, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36111>. Acesso em: 6 set. 2021.

utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Essa alteração se deu justamente porque com a robustez do crime de racismo, não havia a aplicação do tipo penal e, conseqüentemente, responsabilização de quem cometia a discriminação racial. Sendo assim, objetivando “punir práticas de discriminação racial não abarcadas pelo crime de racismo”¹⁴³, essa nova tipificação também trouxe suas particularidades que diferem do tipo penal de racismo, passando a focar na honra subjetiva da vítima¹⁴⁴:

“Tal modificação se deu em razão da falta de responsabilização dos agentes pelo delito de racismo, isto é, tinha-se que para haver sanção devia restar comprovado o dolo especial de discriminar. Essa modificação, além de facilitar a parte probatória, proporciona à vítima oportunidade de se utilizar da ação penal privada, caso o Ministério Público não atue em seu favor.”¹⁴⁵

Diante das diferenças entre os tipos de racismo, disposto no Art. 5º, XLII da Constituição Federal e na Lei nº 7.716/89 e injúria racial, disposta no Art. 140, §3º do Código Penal, a seguir apresenta-se quadro comparativo com o tratamento jurídico dado aos referidos tipos penais:

	Racismo (Art. 5º, XLII da CRFB/88 e Lei nº 7.716/89)	Injúria Racial (Art. 140, §3º do Código Penal)
Tipo de Ação Penal	Pública e Incondicionada, com o Ministério Público como único titular da ação penal (art. 257, I do CPP)	Pública e Condicionada à representação do ofendido. (Lei 12.033/2009)
Pena	Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa. *	Reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.
Prazo Prescricional	Não há prazo, visto que o crime é imprescritível.	6 meses a contar do conhecimento da autoria do crime como prazo decadencial (Art. 38, caput, CPP) e 8 anos enquanto prazo prescricional (Art. 109, IV do CP) **
Em condenação	O juiz poderá conceder o <i>sursis</i> processual ou fixar regime aberto. Não há possibilidade de fixação de fiança.	O juiz poderá conceder o <i>sursis</i> processual ou fixar regime aberto. Cabe fiança.

¹⁴³ *Idem.* p. 53

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

*No crime de racismo não se aplica a pena exclusiva de multa.¹⁴⁶

** Houve mudança jurisprudencial realizada pelo caso Heraldo Pereira indicando que a injúria também seria imprescritível.¹⁴⁷

Nesse cenário, observando que em diversos casos claros de discriminação racial não se opta pelo crime de racismo, mas sim pelo de injúria racial, a professora Thula Pires realizou um levantamento de acórdãos em processos criminais do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entre a elaboração da Lei nº 7.716/89 até o ano de 2011, utilizando os termos ““racismo”, “preconceito”, “injúria”, “discriminação racial”, “preconceito racial” e “injúria racial””¹⁴⁸, a fim de responder algumas perguntas com base nos dados obtidos.

Com a resposta das perguntas, notou-se que a maneira como o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro lida com a tipificação de racismo, na verdade, “reforça a hipótese de esvaziamento da legislação penal antirracismo na sociedade brasileira”¹⁴⁹ frente à não aplicação da Lei Antirracismo em condutas claras de discriminação racial, visto que em 60% dos acórdãos analisados os magistrados utilizaram a injúria qualificada na tipificação:

“Em cerca de 60% dos acórdãos analisados, os magistrados tipificaram o ilícito de motivação racial cometido como injúria qualificada, contida no artigo 140, §3º do Código Penal, delito suscetível à prescrição e fiança, o que não aconteceria se a conduta fosse caracterizada como racismo. Nos cinco processos em que a lei 7.716/89 foi aplicada não houve condenação.”¹⁵⁰

Além da dificuldade em comprovar o dolo de cunho racial, há também dificuldade por parte dos magistrados em “enxergarem nos indícios existentes no processo condutas suficientes para caracterizar atos de racismo”¹⁵¹, o que faz com que a maioria dos processos resulte em absolvições por insuficiência de provas.

“No acórdão de nº 0132379-29.2002.8.10.0001(2003.050.04038), por exemplo, a ré apela após ser condenada em 1ª instância por injúria qualificada. A ré, ao supor que a vítima agrediu seus animais de estimação, proferiu as seguintes palavras: “negro nojento, asqueroso, peste negra ... lugar de negro é na senzala”. Aparentemente estão configurados todos os requisitos para aplicação da lei Caó. Quem profere tais palavras objetiva intencionalmente não apenas ofender a honra subjetiva daquela que imagina ter maltratado seres que reputa como dignos de respeito, como ofende a todas as

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ *Idem.* p. 261

¹⁴⁹ *Idem.* p. 274

¹⁵⁰ *Idem.* p. 275-276

¹⁵¹ *Idem.* p. 275

peças que se identificam como negras. No entanto, a ré foi absolvida sob o argumento de que “ao ver seus animais de estimação sendo maltratados pelo Apelado, uma cólera tomou conta da Apelante, que, envolvida por forte emoção acabou desabafando”¹⁵²

Tais absolvições e dificuldade no trato dos dramas da população negra não se fazem surpresa diante da realidade do corpo de magistrados ser composto em 80,3% por pessoas brancas, como demonstra censo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ em 2018¹⁵³. “A cegueira à cor faz com que a vista se acostume a ver a realidade de maneira bem reduzida”¹⁵⁴.

A pesquisa também apurou o tempo médio de tramitação dos processos até a segunda instância, percebendo um aumento de 7 meses em relação ao tempo médio de 35 meses na tramitação total¹⁵⁵, indicando mais um ponto significativo para o descrédito das vítimas em levar suas demandas ao Judiciário e, conseqüentemente, explicitando a inefetividade da legislação antirracismo.

“Outro fator que mereceu análise foi o tempo de tramitação dos processos até decisão de segunda instância. A demora não razoável na prestação jurisdicional é um dos motivos responsáveis por desacreditar uma medida. Quanto mais as pessoas percebem como demasiado o tempo de resposta dado pelos órgãos que compõem o sistema de justiça, menos se mobilizam para levar seus conflitos à sua análise e menos se sentem reconhecidos como sujeitos de direito pelo sistema. Mais um fator para contribuir para a inefetividade da legislação penal antirracismo.”¹⁵⁶

Foi observado ainda que na maioria dos casos as vítimas estavam assistidas por advogados particulares, ou seja, supõe-se que a maior parte possuía situação econômica que lhe permite o acesso ao Judiciário por meio de advogado, o que não é a realidade da população mais pobre, que precisa da assistência da advocacia pública e que pode vir a não judicializar suas demandas por questões financeiras.¹⁵⁷

¹⁵² *Idem.*

¹⁵³. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018. [s.l.]; [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em 06/09/2021.

¹⁵⁴ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro, 2013. p. 275. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

¹⁵⁵ *Idem.* p. 276 – Destaca-se que esse dado foi apurado em 31,37% dos acórdãos pesquisados, já que no restante tal apuração não foi possível de ser feita.

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ *Idem.* p. 277

Diante desse cenário, houve o advento da Lei nº 12.033/2009, a qual tornou a injúria qualificada em ação penal pública condicionada a representação do ofendido, de modo que a responsabilidade de provocar o Judiciário seria do Ministério Público.¹⁵⁸ Ocorre que desde a vigência da Lei até a publicação da tese em janeiro de 2013, verificou-se que o Ministério Público não ofereceu qualquer denúncia por racismo.

“No entanto, desde o advento da lei, não foi encontrada nenhuma denúncia oferecida pelo Ministério Público por crime de racismo. Certamente uma atuação muito diferente do órgão, sempre muito preocupado e cioso de promover a persecução criminal dos negros nos demais delitos sob sua competência.”¹⁵⁹

Por fim, a pesquisa indicou que de 1989 até 2011, apenas 54% dos casos tiveram o réu condenado, mas todos os condenados obtiveram o benefício da *sursis*, com suas penas convertidas em penas restritivas de direito. Ainda, foi revelado que nenhuma das condenações foram tipificadas com base na Lei Antirracismo, escancarando uma grande ironia jurídica na qual “pessoas podem até ser condenadas por racismo, mas não pelo próprio crime de racismo”¹⁶⁰.

“O indício da complacência da magistratura do Estado do Rio de Janeiro com os crimes de racismo reflete-se no número de condenações proferidas. Dos 42 acórdãos encontrados de 1989 a 2011 cuja tipificação considera injúria racial ou conduta descrita na Lei Caó, apenas em 54% dos casos, o réu foi condenado. Entretanto, dentre os acórdãos analisados, não foi encontrada qualquer condenação com base na Lei 7.716/89. Nas hipóteses em que houve condenação, não ocorreu necessariamente o cumprimento de pena privativa de liberdade. Todos os condenados (em sua totalidade por injúria qualificada) obtiveram o benefício da *sursis*, tendo suas penas convertidas em penas restritivas de direito.”¹⁶¹

Com o propósito de atualizar parcialmente a pesquisa realizada pela professora Thula Pires, com o objetivo de verificar a tipificação utilizada pelo Tribunal do Rio de Janeiro em casos de discriminação racial, pesquisei utilizando apenas os termos “racismo” e “injúria racial”

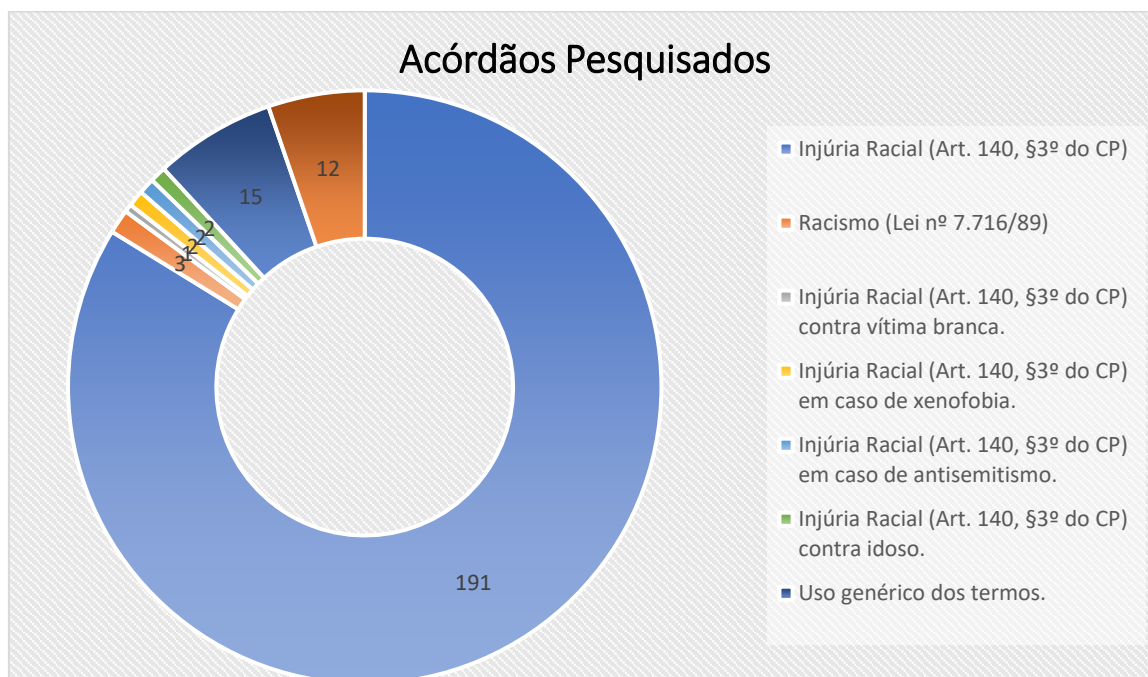
¹⁵⁸ *Idem.*

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ QUEIROZ, M.; DA SILVA COSTA, R.; SILVA GARCIA, L. Racismo e injúria racial: mudança jurisprudencial no caso Heraldo Pereira. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 67, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36111>. Acesso em: 6 set. 2021.*

¹⁶¹ PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; Cittadino, Gisele Guimarães. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos*. Rio de Janeiro, 2013. p. 280. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

e com o espaço temporal entre os anos de 2012 até 2021 e encontrei 228 acórdãos, os quais separamo abaixo:



Percebe-se que a maior parte dos casos foi tipificada com base na injúria qualificada (Art. 140, §3º do Código Penal), representando um montante de 198 casos. Destaca-se que 7 desses casos não tratavam de ato discriminatório em face de pessoa negra, 2 desses trataram de atos discriminatórios por xenofobia, 2 por ato discriminatório contra judeus, 2 por ato discriminatório contra idosos e, ainda, 1 desses casos tratava de ato discriminatório racial contra pessoa branca, no qual a vítima foi chamada de “branquela azeda”¹⁶² e teve a tutela jurisdicional condenatória¹⁶³.

De todo o universo pesquisado, apenas 3 casos foram tipificados utilizando a Lei nº 7.716/89, isto significa que apenas 1,31% dos casos foram tipificados com base na legislação antirracismo, dos quais um deles ainda é relacionado à edição e distribuição do livro “Minha Luta” de Adolf Hitler¹⁶⁴.

¹⁶² TJRJ. Apelação Criminal. Processo nº 0012110-08.2014.8.19.0011

¹⁶³ Não foi possível identificar a raça do réu no teor do acórdão, mas a decisão remete ao debate sobre ‘racismo reverso’, o qual já se sabe ser um equívoco interpretativo, tendo em vista que pessoas brancas não foram escravizadas, mas sim escravizadoras e não são vítimas de uma discriminação estrutural e institucional em razão de sua cor de pele.

¹⁶⁴ TJRJ. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Processo nº 0004106-44.2016.8.19.0000

Nos casos em que a discriminação foi tipificada como injúria racial, percebe-se que a Lei nº 7.716/89 sequer é mencionada na esmagadora maioria dos acórdãos proferidos, reforçando a tese de esvaziamento da legislação antirracismo no Brasil apresentada pela professora Thula Pires.

Por fim, 15 casos foram desconsiderados por apenas utilizarem os termos de forma genérica, não estando a decisão prolatada relacionada com um possível ato de discriminação racial e em 12 casos não foi possível acessar o acórdão, seja por indisponibilidade ou por segredo de justiça.

Ou seja, as próprias instituições contribuem para a inefetividade das legislações antirracistas e para a perpetuação das desigualdades raciais no Brasil. Há um esforço institucional para a não aplicação da Lei Antirracismo e não para encontrar meios de propriamente efetivá-la e, por consequência, naturaliza-se a hierarquização racial no âmbito institucional¹⁶⁵:

“No âmbito da tutela penal, essa articulação é expressa na postura de magistrados que mal buscam compreender o sentido da lei, muito menos uma melhor conceitualização do que seria racismo. Os juízes têm como cúmplices doutrinadores, que, ao constatarem a ausência de eficácia da Lei de Racismo pelo judiciário, dizem que a culpa é da própria norma. Para a doutrina, além de ser aberta, a legislação inflige sanções rigorosas (como a perda de cargo), as quais desestimulariam sua aplicação. Nesse jogo de justificativas e inversões, percebe-se um esforço muito maior dos juristas em buscar razões para a não aplicabilidade da Lei do que para efetivar a tutela penal. Da mesma forma não objetivam vincular o sentido mestre por trás da legislação com uma conceitualização adequada do que seria racismo. Com essa atitude negadora, contribuem para uma revitimização do ofendido, que não encontra, no âmbito jurídico, um espaço adequado para o reconhecimento da sua dor e da violência sofrida.”¹⁶⁶

A Lei Antirracismo se mostra, dessa forma, ineficaz no trato às discriminações raciais e que, mesmo o Estado brasileiro se comprometendo com os negros no texto da Constituição Federal, a realidade jurisprudencial nos escancara que o racismo não vem sendo combatido da forma prometida ao povo negro em 1988, demonstrando que a Justiça está longe de ser feita.

¹⁶⁵ *Idem.* p. 279

¹⁶⁶ QUEIROZ, M.; DA SILVA COSTA, R.; SILVA GARCIA, L. Racismo e injúria racial: mudança jurisprudencial no caso Heraldo Pereira. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 64, 2021.* Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36111>. Acesso em: 6 set. 2021.

Por fim, é curioso pensar que essa mesma legislação poderia solucionar o problema das discriminações homotransfóbicas, se nem a própria discriminação racial foi positivamente solucionada. Além disso, não há previsão legislativa de analogia da injúria racial para as discriminações por orientação sexual e de identidade de gênero, o que reforça a necessidade urgente de edição de norma específica que possa tratar das particularidades da homotransfobia, para que finalmente o Estado preste a devida tutela jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADO nº 26, por meio da qual se criminalizou a homotransfobia e a equiparou a uma nova concepção de racismo chamada “racismo social”, possibilitando que os atos homotransfóbicos fossem enquadrados na Lei nº 7.716/89 (Lei Antirracismo), até que o Poder Legislativo editasse legislação específica.

Diante da equiparação realizada pelo Supremo, analisou-se os conceitos de “raça” e “racismo” utilizados pelos Ministros no julgamento da ADO nº 26 e o histórico de conquista de direitos de ambas as minorias, para que seja possível verificar se a referida analogia trouxe possíveis consequências para o movimento negro e para o movimento LGBTQ+, em relação à tutela jurisdicional no combate do racismo e da homotransfobia.

No primeiro capítulo investigou-se a argumentação apresentada pelos Ministros nos votos proferidos no julgamento da ADO nº 26 para que fosse possível entender qual a conceituação feita em torno de “raça” e “racismo”, possibilitando a ampliação do termo “racismo” para além dos aspectos raciais, a ponto de incluir a homotransfobia.

Na leitura dos votos, nota-se que a maioria dos Ministros fez referência a um precedente do próprio STF, o Habeas Corpus nº 82.424-2/03, conhecido como Caso Ellwanger, no qual o STF votou pela ampliação do “racismo” para que fosse possível estender a tutela para a discriminação contra judeus. Com base no referido precedente, o racismo é considerado a partir de seu conceito ontológico-constitucional, com a maioria absoluta dos Ministros se mostrando favorável ao afastamento do conceito biológico de racismo, apontando que a raça como fator genético não mais seria o único determinante para qualificar quem poderia ser vítima de racismo.

No segundo e terceiro capítulos são dispostos os panoramas históricos do movimento negro e do movimento LGBTQ+, respectivamente, até a criminalização dos atos discriminatórios contra ambos os grupos. Com esse levantamento histórico, buscou-se o destaque das especificidades históricas de cada movimento e as razões que os levaram a pleitear a criminalização do racismo e da homotransfobia. Percebe-se que, apesar de alguns pontos

históricos convergirem em relação à negligência estatal perpetrada sobre movimentos sociais, os caminhos percorridos foram diferentes e, logo, as discriminações que sofrem são diferentes.

Por último, no quarto capítulo são revelados três dos obstáculos aparentes que se mostraram a partir da tentativa de fazer os atos homotransfóbicos caberem na Lei Antirracismo, sendo eles: (i) a mora do Poder Legislativo na tramitação de projetos de lei voltados ao movimento LGBTQ+; (ii) a especificidade da Lei Antirracista que impossibilita o abarcamento da homotransfobia, visto que o rol de discriminações é taxativo; e (iii) o fato de que os crimes de racismo são entendidos pela jurisprudência como injúria racial.

Com esses fatores, a equiparação realizada pelo STF na verdade trouxe consequências bem reais para ambos os movimentos sociais. Para o movimento negro, a manutenção da inefetividade da legislação antirracista no combate ao racismo, visto que a Lei nº 7.716/89 mal é utilizada pelos magistrados ao julgarem situações racistas. E, para o movimento LGBTQ+, a manutenção do *status quo*, já que a Lei Antirracismo não tem como abarcar as discriminações de orientação sexual e de identidade de gênero e, tão pouco, o Poder Legislativo editou a norma específica que trata das especificidades desse tipo de discriminação.

Com essa equiparação e a criminalização ocorrendo da forma em que se deu, criou-se uma espécie de paradoxo jurídico onde I – O movimento LGBTQ+, percebendo que o Poder Legislativo não dava seguimento ao projeto de criminalização, demandou a tutela do Poder Judiciário; II – O STF atendendo ao pleito, reconhece a mora do Legislativo determinando a edição de lei específica e realiza analogia para que a homotransfobia seja abarcada pela Lei Antirracismo até que a lei específica seja editada; III – Após 2 anos da decisão, o Poder Legislativo permanece com o projeto estagnado e a Lei Antirracismo não se mostra efetiva para o combate ao racismo e muito menos para a homotransfobia. Ao fim, ambas as minorias permanecem sem a devida tutela jurisdicional contra os atos discriminatórios a elas perpetrados.

Portanto, as conquistas dos movimentos negro e LGBTQ+ com a criminalização do racismo e da homotransfobia realmente trouxeram efeitos simbólicos que afirmam o compromisso do Estado brasileiro no combate de atitudes discriminatórias contra minorias sociais. Mas o que já foi feito até o momento, como visto, se mostrou ineficaz para retirar as

bases do racismo estrutural e institucional do nosso país e, tão pouco, para impedir que o Brasil continue sendo o país que mais mata transexuais no mundo¹⁶⁷.

No entanto, o presente estudo não tem por objetivo uma resposta única que possa solucionar a negligência estatal contra essas minorias, a ineficácia da Lei Antirracismo ou a mora do Poder Legislativo em seguir com a tramitação de projetos para os LGBTQ+. As nossas Instituições precisam se comprometer com os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. A luta do movimento negro e do movimento LGBTQ+ está longe de acabar e, até que seja possível reestruturar a sociedade para pôr fim à discriminação, muita resistência será necessária.

¹⁶⁷ BORGES, Rebeca; COSTA, Mariana; MENEZES, Bruno. Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é o país que mais assassina transexuais. *Metrópoles*, 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-o-pais-que-mais-assassina-transexuais>. Acesso em 12 set. 2021.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Flávia H.; BARBOSA, Larissa. **Os entraves para a aplicação da decisão do STF no cotidiano da população LGBTI**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-28/opinioao-aplicacao-decisao-stf-populacao-lgbti>>. Acesso em: 12 set. 2021.
- BORGES, Rebeca; COSTA, Mariana; MENEZES, Bruno. **Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é o país que mais assassina transexuais**. Metrôpoles, 2021. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-o-pais-que-mais-assassina-transexuais>>. Acesso em 12 set. 2021.
- BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**; trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências**. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Tipificação criminal da homofobia é urgente**. O Globo. 19 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opinioao/artigotipificacao-criminal-da-homofobia-urgente-23462712>>. Acesso em 31/08/2021.
- CORBO, Wallace. **Racismo sem raça? Criminalização da homotransfobia e a invisibilização da negritude**. JOTA, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinioao-e-analise/artigos/racismo-sem-raca-criminalizacao-da-homotransfobia-e-a-invisibilizacao-da-negritude-27052019>>. Acesso em: 12 set. 2021.
- DINIZ, Fernanda. **Criminalização do Racismo na Legislação Brasileira. Diálogos sobre diversidade, relações raciais e desigualdade no Brasil**, Maringá: Eduem, 2018.
- DOMINGUES, Petrônio. **Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos**. Tempo [online]. 2007, v. 12, n. 23, p. 106. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-77042007000200007>>. Acesso em: 19 set. 2021.
- FERREIRA, Paula. **Brasil registrou 1.685 denúncias de violência contra LGBTs em 2018**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-registrou-1685-denuncias-de-violencia-contralgbts-em-2018-23769474>>. Acesso em: 21 ago. 2021
- GREEN, James. N. **Além do carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX**. São Paulo: Edunesp, 2000.
- GRIN, Monica; MAIO, Marcos. (2013). **O antirracismo da ordem no pensamento de Afonso Arinos de Melo Franco**. Topoi, v. 14, n. 26, jan./jul. 2013
- GUIMARÃES, Antônio S. A. **Classes, raças e democracia**. São Paulo, Editora 34, 2002.

_____. **Brasil registra 329 mortes de pessoas LGBTQ+ em 2019, uma a cada 26 horas.** UOL. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/04/23/brasil-registra-329-mortes-de-lgbt-em-2019-diz-pesquisa.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4.733. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 28 set. 2020a.

JÚNIOR, Juarez Monteiro. **O habeas corpus 82.424-2 e a construção dos conceitos de liberdade de expressão e dignidade da pessoa.** Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

KOSSLING, Karin. **As lutas anti-racistas de afro-descendentes sob vigilância do DEOPS-SP (1964-1983).** Tese de Pós-Graduação. Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Eduardo Silveira. **Katherine Dunham e a Lei Afonso Arinos.** 2013 Disponível em: <<https://oabrp.org.br/katherine-dunham-e-a-lei-afonso-arinos/>>. Acesso em 12 de julho de 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional / Rodrigo Padilha.** – 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; CITTADINO, Gisele Guimarães. **Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos.** Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 05 out. 2020b.

QUEIROZ, M.; DA SILVA COSTA, R.; SILVA GARCIA, L. **Racismo e injúria racial: mudança jurisprudencial no caso Heraldo Pereira.** Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 5, n. 2, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/36111>. Acesso em: 6 set. 2021.

QUINALHA, Renan. **Lampião da Esquina na mira da ditadura hetero-militar de 1964.** Cadernos Pagu, n. 61, 2021

SALES, Ronaldo. **Raça e Justiça. O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça.** Tese de Doutorado. Centro de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

SEMOG, Éle. **Abdias Nascimento: o griot e as muralhas.** Rio de Janeiro: Pallas, 2006.

SILVA, Adrian; DE OLIVEIRA, Felipe; RABELO, Victor. **A liberdade de expressão na constituição federal de 1988 e no supremo tribunal federal: uma análise sobre o caso Siegfried Ellwanger**. Estudos constitucionales, v. 9, n. 2, p. 771–790, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Crime de Racismo e Anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424). Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 121.835. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 13 de outubro de 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, DJe-235 23-11-2015.

_____. **Em busca da justiça: o processo de criminalização do racismo no Rio de Janeiro a partir de um estudo quantitativo sobre as bases de dados do ISP - 2007-2010s**. Interseções [Rio de Janeiro] v. 17 n. 2, p. 351, dez. 2015.

_____. **Movimento LGBT: a importância da sua história e do seu dia**, Politize! Disponível em: <<https://www.politize.com.br/lgbt-historia-movimento/>>. Acesso em: 7 set. 2021.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

VIANNA, Túlio; PRETES, Érika Aparecida. **“História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo”**. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudia de Vilhena Schayer; ABREU, João Francisco de (Org.). Iniciação Científica: destaques 2007. Vol 1. Belo Horizonte: PUC Minas, 2008.

_____. **Veja quais deputados e senadores fazem parte da bancada evangélica**. Congresso em Foco. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/veja-quais-deputados-e-senadores-fazem-parte-da-bancada-evangelica/>>. Acesso em: 12 Set. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018**. [s.l.]; [s.d.]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bd a11979a3.pdf>. Acesso em 06/09/2021.

_____. TJRJ. Apelação Criminal. Processo nº 0012110-08.2014.8.19.0011

_____. TJRJ. Agravo Regimental em Habeas Corpus. Processo nº 0004106-44.2016.8.19.0000