

VERONICA SIRIANI TOLEDO

O CRIME DE RACISMO E SUAS MODALIDADES

VERONICA SIRIANI TOLEDO

O CRIME DE RACISMO E SUAS MODALIDADES

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Adriano Gouveia Lima.

ANÁPOLIS – 2022

VERONICA SIRIANI TOLEDO

O CRIME DE RACISMO E SUAS MODALIDADES

Anápolis, ____ de _____ de 2022.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus, a minha família e meu orientador pelo apoio e direcionamento.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar e estudar as modalidades do racismo e suas equiparações. Segundo o dicionário o racismo é o preconceito e discriminação direcionados a alguém tendo em conta sua origem étnico-racial, geralmente se refere à ideologia de que existe uma raça melhor que outra. O racismo no Brasil surgiu por volta dos anos 1800 a 1850 quando os navios negreiros começaram a trazer negros da África para a América do Sul com o intuito de escravizá-los. O percurso era extremamente exaustivo, com condições precárias de alimentação, higiene e descanso, muitos eram vítimas de enfermidades como a varíola, sarampo, entre outras, e não resistiam. A abolição da escravatura veio no ano de 1888, pelas mãos da princesa Isabel, porém mesmo após 134 anos o racismo permanece enraizado na cultura brasileira e por isso foi necessário estabelecer leis para a proteção desses indivíduos. Para definir quais atos são considerados racismo nos tempos atuais devemos analisar a lei Nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que regulamenta punição de crimes cometidos por motivos de raça ou cor, assim recebendo o nome de lei de racismo. Porém, foi instituído na lei nº 9.459/13, de 13 de maio de 1997, os termos etnia, religião e procedência nacional, que vieram a se enquadrar na lei de racismo, ampliando o alcance da proteção na sociedade, já que o intuito dessa norma sempre foi manter e preservar o Art. 3, inciso XLI da Constituição Federal, que descreve, "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"; e o Art. 5º, inciso XLI, "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Além disso, foi resolvido, após votação, entre os membros do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na data de 28 de outubro de 2021, que injúria racial é imprescritível, assim se equipará ao crime de racismo, garantindo ainda mais a segurança do cidadão brasileiro dentro de seu próprio país.

Palavras-chave: racismo, lei de racismo, homofobia, escravidão.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – O RACISMO	02
1.1 Histórico sobre o racismo	02
1.2 Conceito de Racismo.	04
1.3 Análise da lei de racismo	07
CAPÍTULO II – MODALIDADES DE RACISMO	12
2.1 Vítimas de racismo	12
2.2 Análise dos crimes de racismo	14
2.3 O racismo estrutural	18
CAPÍTULO III – RACISMO POR EQUIPARAÇÃO	21
3.1 A decisão do STF que equipara homofobia ao racismo	21
3.2 Fundamentos da decisão colegiada	25
3.3 Efeitos sociais da decisão	28
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como intenção analisar a lei 7.716 de 1989 que fixou os atos que se enquadram como racismo.

A metodologia utilizada neste trabalho é de cunho bibliográfico, com a utilização de doutrina majoritária acerca do crime de racismo, baseando-se em artigos científicos, livros jurídicos, e jurisprudências, assim proporcionando um melhor entendimento, discorridos de forma didática em 3 partes.

O primeiro capítulo nos aprofundamos em explicar o que é o racismo, como chegou ao Brasil e toda sua história até os dias atuais. Assim como seus conceitos e uma análise detalhista sobre a lei do racismo e sua origem histórica.

Em seguida, o capítulo dois busca caracterizar as vítimas do racismo e o que é racismo estrutural. Pode assim o leitor entender melhor sobre quem se enquadra na lei 7.716 e como é importante entendermos o racismo estrutural no Brasil.

O terceiro capítulo, trazemos todo o processo de votação no Supremo Tribunal Federal em função de equiparar a homofobia ao crime de racismo e como os ministros se posicionaram á ele. Finalizando com a apresentação dos efeitos sociais que nossa lei discutida trouxe para a sociedade.

CAPÍTULO I – O RACISMO

O racismo tem como origem a crença em uma raça superior a outra, tendo várias manifestações na história pelo mundo, como nazismo, fascismo, holocausto, escravidão, hoje sabemos que não há uma raça, etnia, ou uma característica física que possa ser superior à de outros seres, sendo assim todos são iguais perante a lei, onde a Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu artigo 5 dispõe que: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (CFB, 1988)

1.1 Histórico sobre o racismo.

Entre os séculos XV ao XIX se iniciou uma busca por mão de obra para abastecer as plantações açucareiras no território brasileiro já que os índios, antes utilizados para esses serviços, começaram a morrer, logo, o tráfico negreiro virou uma prática comum e de alta demanda. Esses escravos eram vendidos na costa da África através das feitorias instaladas pela corte para contato diplomático com a África e para realizar tráfico humano, e trazidos para o Brasil em navios. (NUNES, 2006)

As condições de viagem eram desumanas, relatos dessa época reforçam essa afirmação. Os africanos eram aprisionados em porões baixos e apertados onde mal chegava luz do sol, a alimentação era baseada em um prato por dia, os alimentos disponibilizados eram feijão, farinha, arroz e carne-seca. Com a água não era diferente, quando lhes era dado quase nunca era potável, isso tudo em conjunto começou a afetar a imunidade desses prisioneiros e lhes causar doenças como o

escorbuto (Déficit de vitamina C), além de varíola e doenças gastrointestinais. (RODRIGUES,1935)

Os escravos negros, ao chegarem no Brasil, eram aprisionados e submetidos a péssimas condições de trabalho, sendo explorados até o limite de suas forças, como se fossem máquinas. A vida útil do escravo adulto, em média, não passava de 10 anos, por causa da dureza dos trabalhos e da precariedade da alimentação; e seus filhos, desventuradamente, eram seus substitutos nesse infortúnio. (GOMES, [s/d])

Vale ressaltar que os escravos quando cometiam algum “deslize”, independente do motivo, eram severamente punidos, assim muitos suicidavam-se, já que não aguentavam mais tanta tortura, também chegavam a matar seus feitores ou fugir para os quilombos que se espalhavam no território colonial. Alguns escravos não conseguiam chegar até o quilombo e eram capturados pelos capitães do mato, homens remunerados para capturar os negros e mantê-los em seu status de coisa, e não de ser humano. (NABUCO, 2000)

O comércio de escravos no Brasil só teve fim com a lei n. 581, de 4 de setembro de 1850, conhecida como Lei Eusébio de Queirós, resultado da campanha inglesa, que estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império. Os ingleses, após a independência do Brasil, condicionaram o seu apoio e reconhecimento de nossa independência, em compensação cobraram o compromisso do Brasil de abolir o tráfico negreiro. A Inglaterra reconheceu nossa independência em 1825 e exigiu que o tráfico fosse abolido até 1830, o que foi aceito pelo Brasil. (ARAÚJO, 2018)

Vale ressaltar que a preocupação dos Ingleses não era com o negro, pois este, igualmente, não era reconhecido como ser humano; o interesse era, na verdade, sustentado por motivos econômicos daquele momento histórico. (CONRAD, 1975)

Durante a sua cruzada de quarenta anos contra o comércio de escravos no Brasil, a Inglaterra negociou uma série de tratados com os governos do Brasil e de Portugal entre 1810 a 1826, tendo sido eles recebidos com grande relutância por parte

dos governos brasileiros, que sempre tiveram consciência da amarga oposição da maioria dos seus cidadãos mais poderosos, evidentemente contrário a quaisquer concessões na questão dos escravos. (CONRAD, 1975)

Porem a escravidão não estava próxima do fim, tendo em vista que o Brasil foi o último país a abolir esta pratica, e isto deixou marcas profundas na sociedade. (SKIDMORE, 1998)

Mesmo após a abolição da escravatura, no dia 13 de maio de 1888, os negros estavam longe de conseguir seu lugar na sociedade. A abolição por mais necessária que fosse não trouxe benefícios rápidos para esses escravos, que agora “livres” não tinham onde morar e se alimentar, por esse motivo muitos deles decidiram por conta própria continuar trabalhando para seus antigos donos em troca destes requisitos. A sociedade também não ajudou, continuando com um olhar superior e os vendo como meras peças de escambo e seres que não mereciam mais do que já recebiam. (NUNES, 2006)

Atualmente o racismo ainda continua enraizado na sociedade, não apenas direcionado aos negros, mas também a grupos inferiorizados pela sociedade, como homossexuais, pessoas de religiões com pensamentos aversos ao cristianismo, entre outros. O Brasil atualmente tem registros de 276 homicídios por ano gerados pela homofobia, sendo um dos países que mais matam homossexuais no mundo, e dados levantados pelo antigo Ministério dos Direitos Humanos apontam que, entre 2015 e 2017, houve uma denúncia de intolerância religiosa a cada 15 horas no Brasil. (NUNES, 2006)

1.2 Conceito de Racismo.

Sem dúvida, ouvimos falar ou lemos algo sobre essas manifestações racistas que aconteceram na história da humanidade cujas lembranças estão ainda frescas na memória de algumas gerações entre nós ou marcadas nos livros de história. Essas manifestações como, o regime nazista liderado por Adolf Hitler que resultou no genocídio de cerca de 7 milhões de judeus e 300 mil ciganos durante a Segunda Guerra Mundial, de 1940-1945, da situação de Nelson Mandela, que passou

27 anos de sua vida ativa na prisão, por ter desafiado o apartheid, regime de segregação racial implantado na África do Sul a partir de 1948, sobre a discriminação racial nos Estados Unidos, particularmente no sul desse país onde também existiu um regime de segregação racial comparável ao da África do Sul, são as mais conhecidas, pois são mais noticiadas e popularizadas em nosso país e em nossa educação, porém o maior problema da maioria entre nós parece estar em nosso presente, no dia a dia dos brasileiros e brasileiras, pois temos bastante dificuldade para entender as manifestações do nosso racismo, por suas peculiaridades e as diferenças entre as outras formas de manifestações de racismo acima referidas. (MUNANGA, 1999)

Além disso, para muitos brasileiros, ecoa uma voz muito forte que grita; “não somos racistas, os racistas são os outros, americanos e sul-africanos brancos”. Essa voz forte e poderosa é o que costumamos chamar “mito de democracia racial brasileira”, como uma crença, é vista por eles como uma verdadeira realidade, uma ordem. Assim fica muito difícil arrancar do brasileiro a confissão de que ele é racista. (MUNANGA, 1999)

Racismo é um preconceito baseado na ideia de que existem raças superiores umas as outras e isso dá o direito para quem está no “topo” de realizar atitudes discriminatórias contra os que considera inferiores a eles. (SAVAZZONI, 2015)

O racismo, atualmente, se fundamenta principalmente na ideia de que as desigualdades entre os seres humanos estariam fundadas na diferença biológica, na natureza e na constituição mesma do ser humano. (SAVAZZONI, 2015)

Tal sentimento baseia-se em conceitos econômicos, sociais, religiosos e até mesmo pela distorção de conceitos científicos, segundo os quais, haveria o direito de prejudicar o outro em razão de seu gênero, cor de pele e etnia, orientação sexual, religião, ainda mesmo teorizar acerca de classes sociais além do aspecto econômico propriamente dito, subjugando esse outro como um ser inferior, indigno de respeito. (SAVAZZONI, 2015)

Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua

origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender, e se elas podem aprender a odiar, elas podem ser ensinadas a amar. (MANDELA, s/d)

Em uma interpretação literal Mandela traz a visão de que o racismo é algo externo que nos ensinam mesmo intencionalmente, pois essa visão de superioridade branca já está extremamente enraizada, em alguns países mais, outros menos. (FASSON, 2020)

Na infância, um dos espaços mais importantes de socialização é a escola, e é nesse espaço onde muitas crianças negras sofrem as primeiras experiências de racismo, essas que vem de outras crianças que foram criadas por pais com percepções sobre as diferenças e a atribuição de valores distintos a elas, essas diferenças são construídas socialmente desde nossas primeiras experiências de vida. Embora os estudos da genética mostrem que não há raça do ponto de vista biológico, ela tem um sentido social de estruturação de diferenças e desigualdades. (FASSON, 2020)

O racismo também pode estar relacionado com a política desenvolvida pelo país, por exemplo, a Alemanha sob o governo do Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, tendo como ideologia o Nacional Socialismo, mais popularmente conhecido como Nazismo, onde perseguiu e exterminou com base em argumentos sobre a superioridade da raça ariana, fazendo também o antissemitismo acarretando ao holocausto, que foi a morte de milhares de judeus, dando início à Segunda Guerra Mundial. (SILVA, 2022)

Por incrível que pareça, o racismo é um problema social encontrado tanto em países desenvolvidos como em países subdesenvolvidos, encontrado principalmente na forma de xenofobia. (PADILHA, 2018)

A crise econômica e o crescimento demográfico contribuem para os problemas raciais. Temos como exemplo a Grã-Bretanha e os imigrantes, a França com os Norte-africanos, a Alemanha com os sírios ou na Espanha com a população cigana e os trabalhadores negros ilegais. Existem vários fatores que podem desencadear o racismo, nenhuma destas atitudes baseiam-se em critérios científicos,

apenas na ideologia de superioridade, porém este ato no Brasil é crime previsto em lei desde 1989, sendo inafiançável e imprescritível, portanto, quem cometer o ato poderá ser condenado mesmo anos após o crime. (PADILHA, 2018)

1.3 Análise da lei de racismo

O Congresso Brasileiro, no dia 3 de julho de 1951, aprovou a lei 1.390, conhecida como Lei Afonso Arinos, que tornava contravenção penal a discriminação racial. A discriminação por raça ou cor. E que ficou conhecida pelo nome de seu autor, o deputado federal pela UDN, Afonso Arinos de Melo Franco. Segundo portais de notícias, a principal razão para que elaborassem a lei veio depois de um caso de discriminação envolvendo a bailarina afro-americana Katherine Dunham que foi impedida, em razão da sua cor, de se hospedar em um hotel em São Paulo. O caso não teve tanta notoriedade no Brasil, mas repercutiu negativamente no exterior. A criação da Lei Afonso Arinos serviu para trazer à tona o tema “*racismo*”, para alertar a sociedade que racismo era crime. O problema era que não se obteve efeito na prática, pois não havia condenação. (GOLÇALVES, 2018)

Em 20 de dezembro de 1985, essa lei ganhou uma nova redação que incluía entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil. Assim, após essa data, entrou em vigor a lei 7.437, que recebeu o apelido de Cáo, em homenagem ao deputado Carlos Alberto Caó de Oliveira, que além de advogado, jornalista, grande ativista nas causas contra o racismo também foi o responsável pela sua redação. (GOLÇALVES, 2018)

A lei ainda haveria de passar por alterações, quando no dia 5 de janeiro de 1989, foi criada a lei 7.716, que entrou em vigor na data de sua publicação, e determina a pena de reclusão a quem tenha cometido atos de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Com a sanção, a lei regulamentou o trecho da Constituição Federal que torna inafiançável e imprescritível o crime de racismo, após dizer que todos são iguais sem discriminação de qualquer natureza. (GOLÇALVES, 2018)

Analisando a lei 7.716/89 entendemos:

O art. 1º da lei deixa claro que independente do preconceito racial será intolerável a prática de discriminação e, portanto, caberá uma punição de forma rígida. (AYRES, 2014).

O art. 3º refere-se ao ingresso, no serviço público, de pessoas nas condições do artigo 1º, ao dizer que será apenado com reclusão, ou seja, com pena de prisão, aquele que não cumprir suas disposições, bastando apenas que o agente obstrua ou dificulte o acesso ao cargo, consumando-se, portanto, o delito. É importante salientar que, para haver um descumprimento de lei o indivíduo deve estar habilitado para executar o trabalho; portanto, para que o fato se configure como conduta criminosa é necessário que o ofendido se enquadre na forma da lei. (AYRES, 2014)

Esse artigo (art. 4º) trata da negativa do ingresso ou da admissão em emprego relativo à iniciativa privada. Não está prevista a situação onde, por preconceito, não for possível a um candidato participar de seleção de emprego. Porém, aquele que sofrer tratamento injusto ou diferenciado e se sentir prejudicado com a intenção de ser dispensado por preconceito ou discriminação racial, poderá entrar com uma ação, recorrendo ao mencionado artigo 4º. Porém, é muito difícil comprovar este delito já que os empregadores podem usar de vários argumentos como motivação da não contratação. (AYRES, 2014)

Art. 5º é de muita importância, e de muita preocupação pelo legislador ao dispor essa categoria de crime o fato de, por preconceito, impedir-se o acesso de pessoas a estabelecimentos comerciais, negando-se, inclusive, a servi-los, atendê-los e recebê-los. Para aplicar tal dispositivo, basta a comprovação de que o agente não só recusou ou impediu o acesso de pessoa a estabelecimento comercial, mas também o fato de que essa pessoa não tenha sido servida ou atendida. (AYRES, 2014)

O crime do art. 6º ocorre quando qualquer pessoa se acha no direito de interferir na inscrição ou no ingresso de aluno, ou seja, quando existe a negação, recusa ou impedimento de inscrição ou ingresso do aluno. A causa especial de

aumento de pena é aplicada quando a vítima é menor de dezoito anos de idade, protegendo-se, assim, a criança ou o adolescente. (AYRES, 2014)

O art. 7º caracteriza conduta discriminatória e preconceituosa, atitudes que tenham com finalidade impedir o acesso ou negar pousada a alguém. Ainda em relação a estabelecimentos comerciais, o legislador atentou ao impedimento e à recusa de atendimento em restaurantes e similares, a caracterização desse crime depende do local, que deve ser público, e não restrito a associados. (AYRES, 2014)

“Faz-se necessário que o local seja aberto ao público, não havendo o crime em questão impedir o acesso de não sócio a bar e restaurante situados no interior de um clube social de ingresso restrito.” (SANTOS, 2010)

No art. 9º é importante se atentar que, mesmo não tendo sido citado o local a que ele se refere, esse local também necessita ser público para que se caracterize o crime. (AYRES, 2014)

Embora não haja repetição da expressão ‘abertos ao público’, aqui também se exige, para a caracterização do delito, que o acesso ao local não seja restrito a associados. (AYRES, 2014)

Assim, caracteriza-se o delito quando o acesso a lugar público foi impedido ou recusado, mesmo havendo a devida habilitação, seja por meio de convite, de cortesia ou de ingresso adquirido, por preconceito a raça, cor, religião ou procedência nacional. O mesmo entendimento se refere a atendimento em salão de beleza e em locais similares e afins, atendendo-se à garantia de igualdade de tratamento nesses lugares, descrito pelo art. 10º. (AYRES, 2014)

Observa-se no art. 11º e 12º que, de igual forma, caracteriza crime o tratamento desigual o impedimento de acesso a prédios públicos e residenciais em função da discriminação, como também de impedir o acesso, atrapalhando-se o ingresso em qualquer meio de transporte ou em impedir o início e o prosseguimento da viagem de quem já está dentro desse meio de transporte. (AYRES, 2014)

O art. 13º dispõe que aquele que impedir ou obstar o acesso de alguém ao

serviço em qualquer ramo das forças Armadas será cabível de acusação já que o acesso às Forças Armadas é aberto para todos e independe de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (AYRES, 2014)

O artigo 14º trata da situação de preconceito no âmbito familiar ou na sociedade, geralmente praticado pelos pais da vítima; mas qualquer pessoa pode cometê-lo. Vale ressaltar que o dispositivo não diz se o casamento mencionado na lei seria civil ou religioso, mas é de entendimento geral de que seja civil, e do religioso com efeitos de casamento civil. (AYRES, 2014)

Assim explica Christiano Jorge Santos: “Embora normalmente os pais acabem tendo influência para cometer o delito quanto a seus filhos, qualquer pessoa pode praticá-lo”. (AYRES, 2014)

Ainda esclarece “Destarte, embora a lei não tenha especificado trata-se do casamento civil ou religioso, em tendo a expressão significado técnico-jurídico há muito enraizado, dúvida não há que, no caso, refere-se somente ao previsto no direito positivo. O casamento religioso realizado com efeitos civis também se vê aqui abarcado por ser também reconhecido com tal. Cometem o delito, por exemplo, os pais que não dão autorização para o casamento de filha menor, desde que, obviamente, movidos por preconceito ou discriminação previsto no art.1º da Lei Antidiscriminação”. (AYRES, 2014)

Dispõe o art. 16º que os funcionários públicos, caso condenados, poderão ser destituídos de seus cargos, e os estabelecimento particulares poderão ter suas atividades suspensas no prazo não superior a 3 (três) meses, mas, para isso acontecer, o juiz deve determinar a condenação na própria sentença, como disposto no artigo 18 da Lei nº 7.716/89. (AYRES, 2014)

E finalmente o art. 20º dispõe que Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (AYRES, 2014)

Christiano Jorge Santos reforça tal entendimento: “Atualmente, a grande maioria das condutas de preconceito e discriminação da lei em estudo acabam

enquadradas nesse artigo, revelando bem ter agido o legislador ao aperfeiçoar o tipo penal.” (AYRES, 2014)

Em relação ao induzimento, é o ato de influenciar a mentalidade de outra pessoa, transmitindo a está um conceito que ela ainda não conhecia. Christiano Jorge Santos expõe, em sua obra o entendimento de que: “induzir é fazer penetrar na mente de alguém ideia ainda não refletida, é inculcar, mover, levar.” (AYRES, 2014)

CAPÍTULO II – MODALIDADES DE RACISMO

Como vimos, o racismo pode acontecer entre diversos grupos deferentes, assim, podemos encontrar diferentes variações desta pratica, por exemplo, o racismo cultural, aquele em que um grupo de pessoas acredita veemente que uma cultura é superior a outra.

Mais a diante no capitulo teremos contato com outras modalidades do racismo no brasil.

2.1 Vítimas de racismo

Quando falamos sobre racismo no Brasil trazemos inconscientemente a ideia do negro na sociedade, porem esse crime engloba muitos outros grupos. A Lei 7.716/89, conhecida como Lei do Racismo, pune todo tipo de discriminação ou preconceito, seja de origem, raça, sexo, cor, idade. (PORFÍRIO, 2022)

O preconceito e discriminação racial ou crime de ódio acontece quando um indivíduo ou grupo se manifesta de forma violenta, podendo ser fisicamente ou verbalmente, atacando indivíduos ou grupos por conta da etnia, raça ou cor, bem como nega acesso a serviços básicos e a locais pelos mesmos motivos. Em casos como este, a lei 7716/89, do CP brasileiro prevê punições a quem praticar tal crime. (PORFÍRIO, 2022)

Sobre o racismo institucional, podemos encontra-lo em manifestações de preconceito por parte de instituições públicas ou privadas, do Estado e das leis que,

de forma indireta, promovem a exclusão ou o preconceito racial. (PORFÍRIO, 2022)

O racismo institucional é definido como o “fracasso coletivo de uma organização para prover um serviço apropriado e profissional para as pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. (PORFÍRIO, 2022)

Um grande exemplo desse crime na sociedade e a maneira que os cidadãos negros são abordados pela polícia, de maneira agressiva e sem tolerância. Um momento que nos serve de exemplo foi o caso de Genivaldo de Jesus Santos, de 38 anos, que morreu após uma abordagem de policiais rodoviários federais no município de umbaúba, no sul do estado de Sergipe, a cerca de 100 km de Aracaju. O homem foi imobilizado e depois colocado dentro do porta-malas da viatura junto á um gás para conte-lo. De acordo com a PRF o procedimento não era de alto risco para o cidadão e não entendem o que aconteceu. (SCHWARCZ, 2021)

De maneira ainda mais branda e por muito tempo imperceptível, o racismo estrutural é uma forma de racismo que tende a ser ainda mais perigosa por ser difícil de se notar. Caracteriza-se por práticas, hábitos, situações e falas que estão enraizadas no nosso cotidiano, em nossos costumes e que promove, direta ou indiretamente, a segregação ou o preconceito racial. (SCHWARCZ, 2021)

O fato de quase não se encontrar indígenas e negros em universidades é um exemplo dessa segregação, já que por muito tempo esse ambiente pertencia apenas a elite. É ínfimo o número de estudantes negros em cursos superiores anteriormente as leis das cotas, principalmente em cursos de medicina, ao passo que a população negra estava relacionada, em sua maioria, à falta de acesso à escolaridade, à pobreza e à exclusão social. (SCHWARCZ, 2021)

Um ato racista que crescemos ao lado e nunca nos importamos em reparar está ligada a língua portuguesa e suas figuras de linguagem, palavras que inferiorizam os negros que muitas vezes não correlacionamos, por exemplo as palavras “denegrir”, “criado mudo”, “inveja branca” e muitos outros. (PORFÍRIO, 2022)

Assim posto, outra forma de racismo estrutural muito praticado, mesmo sem intenção ofensiva, é a adoção de eufemismos para se referir a negros ou pretos, como

as palavras “moreno” e “pessoa de cor”. Pelo estigma social que a população negra recebeu ao longo dos anos se criou um desconforto das pessoas, em geral, ao utilizar as palavras “negro” ou “preto”. (PORFÍRIO, 2022)

Podemos entender a homofobia como ato de racismo, ela se caracteriza pela ação de um indivíduo ou um grupo de colocar a outra pessoa, no caso, o homossexual, na condição de inferioridade, de anormalidade, baseada no domínio da lógica heteronormativa, ou seja, da heterossexualidade como padrão, norma. A homofobia é a expressão do que podemos chamar de hierarquização das sexualidades. (FERRARI, 2022)

O Brasil é classificado como o país que mais registra crimes letais contra essa população no mundo. Em 2021, no Brasil, houve pelo menos 316 mortes violentas de pessoas LGBTI+, tendo um aumento de 33,3% em relação ao ano anterior, quando foram 237 mortes. Os dados constam do Dossiê de Mortes e Violências contra LGBTI+ no Brasil. (BOEHM, 2022)

Os dois grupos que sofreram mais violência, reunindo 90,5% dos casos, foram os homens gays (45,89%), com um total de 145 mortes; e as travestis e mulheres trans (44,62%), com 141 mortes. As mulheres lésbicas representam 3,80% das mortes (12 casos); os homens trans e pessoas trans masculinas somam 2,53% dos casos (oito mortes). (BOEHM, 2022)

Em 2010, jovens homossexuais foram violentamente agredidos na Avenida Paulista, em São Paulo. Em novembro do mesmo ano, o jovem Douglas Igor Marques foi baleado, sem motivo aparente, por um sargento do exército brasileiro após sair da Parada do Orgulho Gay do Rio de Janeiro. Junto dele, mais milhares de pessoas passam por esse trauma, sofrendo a agressão em si ou vivendo com o medo de passar por isso. (SOUZA, 2022)

2.2 Análise dos crimes de racismo

O Direito tem como objetivo exercer uma influência no comportamento das pessoas, seja para permitir, proibir, isentar ou obrigar as pessoas a fazerem algo, definir parâmetros, para assegurar direitos e obrigações. A Lei existe para trazer a

disciplina, a ordem e a sanção, e se ela existe, é porque existe o desejo de transgredi-la. (TORRES, 2020)

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar dano causado a outrem, fundamentando-se na culpa ou no risco decorrente do ato ilícito do agente. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário. (CAVALIERI, 2015).

No Brasil a “Lei do racismo 7.716/89, que inicialmente apenas apresentava punição a crimes contra raça e cor, porem no ano de 1997 foram ampliadas, alcançando também crimes contra etnia, religião e procedência nacional. (CAVALIERI, 2015).

O artigo passou a vigorar da seguinte forma: "Será punido na forma desta lei os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional", com pena reclusão de um a três anos e multa. (SOUZA, 2009)

Parando para analisar as cinco categorias elencadas na “lei de racismo”, encontramos a raça, que mesmo biologicamente não havendo grupos raciais humanos, é uma categoria criada pela sociedade a partir de traços fenotípicos. (SOUZA, 2009)

A segunda categoria a se comentar é a cor, sendo levada em consideração somente a cor do indivíduo. Por sua vez, etnia refere-se a aspectos sócio culturais, enquanto que a religião é toda crença pessoal. (SOUZA, 2009)

Por fim, a figura da procedência nacional, que não deve ser entendida apenas como a nacionalidade do indivíduo, mas também sua origem regional. (SOUZA, 2009)

Os tipos penais descritos na lei citada anteriormente são separados acerca de suas limitações, já que possuem características comuns entre sí. Tais limitações são divididas em:

Limitações laborativa: compreende os crimes dos art. 3º, 4º e 13º
Limitação à obtenção de serviços e bens: verificada nos tipos previstos nos art. 5º, 7º, 8º, 9º e 10; Limitação à livre locomoção: prevista nos art. 11 e 12 e também nos art. 5º, 7º, 8º, 9º, 3º, 10º no que tange ao impedimento de acesso – puro e simples – aos locais ou estabelecimentos neles especificados. Limitação educacional: observada no art. 6º. Limitação à integração familiar e social: estabelecida no crime tipificado no art. 14. (SANTOS, 2010)

De modo geral, os artigos que compõe a lei de discriminação racial, possuem elementos centrais e desses elementos constam os verbos que definem as condutas típicas que consistem em impedir, negar, obstar ou recusar. (SANTOS, 2010)

Em seu artigo 1º (primeiro), a lei 7.716/89 aduz que o preconceito racial é proibido, e aqueles que o praticarem discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, serão punidos na forma da lei. Em seu artigo 3º prevê que o indivíduo obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços público, será punido com pena de reclusão de dois a cinco anos (SANTOS, 2010)

O artigo 4º (quarto) trata do impedimento de ingresso em vagas do setor privado, os verbos negar ou obstar remetem-se ao tratamento injusto ou diferenciado destinado ao candidato, ficando sujeito a pena de reclusão de dois a quatro anos. Não se enquadra nesse artigo aquele que por preconceito, impossibilita o candidato a concorrência da vaga ofertada. (SANTOS, 2010).

Os verbos no artigo 5º são: recusar, negar, ou impedir, referentes ao atendimento de determinado indivíduo, que por razões preconceituosas se façam acontecer em estabelecimento comercial. Em casos como este para que aja tipificação penal basta que aja a recusa, negação ou impedimento do acesso ao estabelecimento. (SANTOS, 2010).

Seguindo a ideia do artigo 5º, o 6º trata da recusa, negação ou impedimento de se realizar uma inscrição em estabelecimento público ou privado, em qualquer grau. Incorre em pena de reclusão de três a cinco anos. Para que seja tipificada é necessário de provar o crime. Caso o crime ocorra contra menor impúbere a pena sera agravada. (SANTOS, 2010).

O artigo 8º fala sobre o impedimento ao acesso ou recusa a atendimentos em estabelecimentos que são abertos ao público, nesse caso é imperativo a configuração de lugar público para a tipificação da conduta, reclusão de um a três anos. Deve se atentar que não há crime em situações que sejam privados os acessos para sócios privativos. (SANTOS, 2010)

O artigo 9º se refere ao impedimento ou recusa em atendimento em estabelecimento esportivo, clubes sociais, ou casas de diversão, mesmo que o indivíduo seja habilitado a permanecer no local em razão de preconceito a raça, cor, religião ou procedência nacional, reclusão de um a três anos. (SANTOS, 2010)

O artigo 12 criminaliza conduta discriminatória em que seja impedido o acesso em embarque, ou o uso de meio de transporte. reclusão de um a três anos. (BRASIL, 1989).

Os verbos impedir ou obstar no artigo 13 estão relacionados ao acesso de indivíduos no ingresso as forças armadas, reclusão de dois a quatro anos. (BRASIL, 1989)

O artigo 14 versa sobre impedir ou obstar casamento ou convivência social ou familiar por qualquer meio ou forma, estando sujeito a pena de reclusão de um a quatro anos. (BRASIL, 1989).

Nesse sentido, devemos entender o significado de Família, de modo mais abrangente do que a simples união entre um homem e uma mulher, podendo ocorrer relações entre pessoas do mesmo sexo, da mesma ou de diversas etnias, em caráter plural, diversificado e digno, com o fim da felicidade e da concretização das relações afetivas. Desse modo, não se pode de modo algum impedir ou obstar as relações de família entre pessoas do mesmo sexo, da mesma ou de diversa etnia. (MERLONE, 2017)

Isto posto, embora a lei não tenha especificado se tratava do casamento civil ou religioso, não há dúvidas de que neste caso se refere ao casamento previsto no direito positivo. O casamento religioso realizado com efeitos civis também está abraçado pela lei por ser também reconhecido com tal. Um exemplo deste delito é

quando os pais, movidos por preconceito, impedem o casamento de uma filha menor. (SANTOS, 2010)

O artigo 20 descreve que praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional é classificado como crime. Este artigo possui a finalidade de englobar junto a lei 7.716/89 as condutas que não possuíam previsão, em seus artigos anteriores. (BRASIL, 1989).

Atualmente, este artigo abrange grande parte das condutas de preconceito e discriminação. (SANTOS, 2010)

Em seu parágrafo 1º “Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”, estão tipificadas condutas que viabilizam a disseminação do nazismo. Penalidade de dois a cinco anos de reclusão e multa. (BRASIL, 1989).

No parágrafo 2º é mencionado que também será punido atos descritos no parágrafo primeiro transmitidos através de meios de comunicação. Incorre na mesma pena do parágrafo 1º. Decorre a hipótese de presunção de que, por ter ocorrido através de meios que possuem uma grande quantidade de telespectadores/seguidores, o dano social seria maior. (SANTOS, 2010)

2.3 O racismo estrutural

O racismo estrutural acontece quando alguma minoria acaba não sendo incluída na conjuntura histórica por um período grande de tempo. (PORFÍRIO, 2022)

O racismo estrutural abrange muito mais do que somente a discriminação ou preconceito. Ela diz respeito a formas nem sempre conscientes de desfavorecer negros, indígenas, LGBTQI+ e outras minorias e privilegiar os brancos. (PORFÍRIO, 2022)

Em uma conversa com a filósofa Djamilia Ribeiro sobre o tema, o professor de direito Silvio Almeida afirmou que “não existe racismo que não seja estrutural”.

Todo o racismo é estrutural porque o racismo não é um ato, o racismo é processo em que as condições de organização da sociedade reproduzem a subalternidade de determinados grupos que são identificados racialmente. (ALMEIDA, 2018)

Em sociedades como a brasileira, o racismo determina a forma como pensamos. Acaba que a cor do indivíduo não significa apenas um traço de sua aparência, mas se associa a capacidades intelectuais, sexuais e físicas. É como se ser negro estivesse associado a qualidades físicas apenas (a dança, os esportes, o trabalho pesado), e não intelectuais. (MENDES, 2012)

Com base nos estudos sobre desigualdade racial, no livro “O que é racismo estrutural?”, verifica-se que a ideia de democracia racial se disseminou, mantendo enraizado o pavor de o branco ser comparado ao negro, ao mesmo tempo em que pregava a miscigenação como uma evolução aos negros. (ALMEIDA, 2018)

Durante décadas, a TV aberta no Brasil, com seus programas de humor, pode ter contribuído com a desvalorização de pessoas negras. A carga de estereótipos negativos associados à negritude gerou reflexo na sociedade, incentivando o racismo recreativo e um projeto de desqualificação das pessoas negras. (GUIMARÃES, 2022)

O racismo recreativo, termo cunhado pelo doutor em Direito Adilson Moreira, refere-se a um humor tido como inofensivo, mas que possui um cunho racial que associa características de pessoas negras e indígenas a algo negativo ou inferior. (GUIMARÃES, 2022)

A negação do racismo e a evolução do conceito de democracia racial se aperfeiçoaram com o conceito de meritocracia, segundo o qual os negros que se esforçarem poderão usufruir de direitos iguais os dos brancos. Tal conceito, na prática, apenas serviu para a manutenção da desigualdade entre brancos e negros. (DE ALMEIDA, 2018)

O fato de parte expressiva da sociedade considerar ofensas raciais como ‘piadas’, como parte de um suposto espírito irreverente que grassa na cultura popular em virtude da democracia racial, é o tipo de argumento necessário para que o judiciário e o sistema de justiça em

geral resistam em reconhecer casos de racismo, e que se considerem racionalmente neutros. (ALMEIDA, 2018)

É ele que está por trás de fatos dramáticos como o retrato registrado em 2017 pelo INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias). Segundo o documento, dois terços de toda a população carcerária do país é negra. (MENDES, 2012)

No Brasil, o racismo estrutural se perpetua desde os tempos da escravidão, no início do século XVI. A imposição da cultura dos colonizadores portugueses, o massacre da população escravizada e a ausência de direitos aos negros após a abolição da escravatura deixou a herança de uma visão racista de inferioridade. (MENDES, 2012)

Como exemplo disso temos é a própria Lei Áurea, de 1888. Além de o Brasil ser o último país das Américas a aderir à libertação das pessoas escravizadas, a população negra que vivia aqui se viu livre, porém sem opções de emprego ou educação já que em 1824, a Constituição dizia que a escola era um direito de todos os cidadãos, porém não incluía os povos escravizados. Já em 1850, a Lei de Terras permitiu ao Estado a venda de espaços agrários a custos altos, impedindo que esses escravos agora livres e sem meios de se sustentar pudessem adquiri-las. (SCHWARCZ, 2021)

Por mais que as leis atualmente garantam a igualdade entre os povos, o racismo é um processo histórico. Uma prova disso é o contraste explícito entre o perfil da população brasileira e sua representatividade no Congresso. Enquanto a maior parte dos habitantes é negra (54%), quase todos (96%) os parlamentares são brancos. Outro dado relevante da violência contra a população negra é que a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil. (SCHWARCZ, 2021)

CAPÍTULO III – RACISMO POR EQUIPARAÇÃO

O Senado aprovou o Projeto de Lei 4.373/2020, que pretende equiparar o crime de injúria racial ao de racismo. Pelo entendimento do plenário do STF – Supremo Tribunal Federal, o crime de injúria racial é espécie do gênero racismo. Portanto, é imprescritível, conforme o artigo 5º, XLII, da Constituição, em outubro do ano passado, por 8 votos a 1, o tribunal já havia se manifestado nesse mesmo sentido. (RODAS, 2021)

O projeto retira a menção à raça e etnia do item específico do Código Penal (art. 140) e insere novo artigo na Lei de Crimes Raciais, definindo pena de multa e prisão de dois a cinco anos. A proposta cita injúria por “raça, cor, etnia ou procedência nacional”. Hoje, o Código Penal prevê pena de um a três anos de cadeia, além da multa. (RODAS, 2021)

3.1 A decisão do STF que equipara homofobia ao racismo

Como foi explicado nos capítulos anteriores a homofobia é a repulsa patológica de pessoas que sentem atração sexual pelo mesmo sexo, assim os levando a proferir palavras ou realizar atos violentos. (HASSELMANN, 2019)

Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial o que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente. (DIAS, 2007, p. 43-44.)

Com a falta de políticas públicas em matéria de direitos humanos que foquem

na população LGBT, e, as que existem se mostrem bastante precárias, não há, naturalmente, dados governamentais sobre crimes de homotransfobia. O que acontece é que, mesmo com a ausência de dados atualizados, o Brasil é apontado, em diversas pesquisas, como um dos países com índice mais elevado de crimes resultantes da homotransfobia. A questão é que a análise é feita a partir de dados não oficiais, já que o Estado permanece intrêmulos no que se refere à coleta de informações. (WENDT, 2015)

Por este motivo, no dia 13 de junho de 2019, durante um julgamento sobre ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, o STF baseando-se na omissão do Congresso Nacional, enquadrando a homofobia e a transfobia como crimes de racismo. (ALMEIDA, 2020)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. É atentatório ao Estado Democrático de Direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a que se fundamenta na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. 2. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero e a orientação sexual. 3. À luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte, dessume-se da leitura do texto da Carta de 1988 um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. 4. A omissão legislativa em tipificar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero ofende um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que o sofrimento e a violência dirigida a pessoa gay, lésbica, bissexual, transgênera ou intersex é tolerada, como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade. A Constituição não autoriza tolerar o sofrimento que a discriminação impõe. 5. A discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tal como qualquer forma de discriminação, é nefasta, porque retira das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor. 6. Mandado de injunção julgado procedente, para (i) reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e; (ii) aplicar, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, a Lei 7.716/89 a fim de estender a tipificação prevista para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional à discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. (STJ, 2007 online)

Como o processo permanecia em inércia foi realizada uma votação, onde, os Ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes votaram para que condutas semelhantes sejam enquadradas na Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo),

pois a demora do Poder Legislativo ofende os direitos desses indivíduos. (ALMEIDA, 2020)

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer do mandado de injunção, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não admitia a via mandamental. Por maioria, julgou procedente o mandado de injunção 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, vencidos, em menor extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente) e o Ministro Marco Aurélio, que julgava inadequada a via mandamental. (STF, 2007 online)

Porém os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, vencidos na votação, afirmaram que essa lei necessitaria de ser aprovada pelo poder legislativo independentemente.

Se analisarmos essa questão podemos entender que o supremo tribunal federal agiu de forma proativa e expansiva, atingindo esferas que não abrangem o judiciário, conhecido também por ativismo judicial. (ALMEIDA, 2020)

O ativismo judicial é a consequência da judicialização, a atuação expansiva do judiciário, uma decisão ativista que utiliza a mutação constitucional para atender as necessidades da população que o legislativo se manteve inerte. (MARTINS, 2021)

Iniciou-se uma grande discussão sobre até onde esse ativismo social seria aceito tendo em vista que um indivíduo só poderá ser punido pela prática de atos expressamente previstos em lei, sendo vedadas interpretações extensivas ou analogias in malam partem, que colocam o réu em situação desfavorável não prevista. (ALMEIDA, 2020)

CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES.

APLICAÇÃO ANALÓGICA DA MAJORANTE. INADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LACUNA DA LEI. REINCIDÊNCIA. CAUSA OBRIGATÓRIA DE AUMENTO DE PENA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. Não cabe ao Julgador aplicar uma norma, por assemelhação, em substituição a outra validamente existente, simplesmente por entender que o legislador deveria ter regulado a situação de forma diversa da que adotou; não se pode, por analogia, criar sanção que o sistema legal não haja determinado, sob pena de violação do princípio da reserva legal. (STJ, 2007 online)

Importante esclarecer que a reserva legal é cláusula pétrea na Constituição da República de 1988, prevista em seu art. 5º, inciso XXXIX, onde deixa claro que é imprescritível a denotação com certeza ao tipificar conduta criminosa através da lei, não deixando dúvidas sobre seu conteúdo. (ALMEIDA, 2020)

Logo entende-se que para que o estado não seja estendido e ampliado de forma tirana, deve-se sempre seguir a lei para punir alguma infração, impondo freios e protegendo os indivíduos de decisões arbitrárias. (ALMEIDA, 2020)

Porem para Mirabete nada impede de que usem uma analogia onde acabe favorecendo a situação do réu por um princípio de equidade, chamada “analogia in bonam partem”, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto já no citado art. 4º da LICC “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Diante do princípio da legalidade do crime e da pena, pelo qual não se pode impor sanção penal a fato não previsto em lei (item 2.1.1), é inadmissível o emprego da analogia para criar ilícitos penais ou estabelecer sanções criminais. Nada impede, entretanto, a aplicação da analogia às normas não incriminadoras quando se vise, na lacuna evidente da lei, favorecer a situação do réu por um princípio de equidade. Há, no caso, a chamada “analogia in bonam partem”, que não contraria o princípio da reserva legal, podendo ser utilizada diante do disposto já no citado art. 4º da LICC. Ressalta-se, porém, que só podem ser supridas as lacunas legais involuntárias; onde uma regra legal tenha caráter definitivo não há lugar para a analogia, ou seja, não há possibilidade de sua aplicação contra legem (...) (MIRABETE, 2007, p. 29)

Para Nucci até mesmo as analogias formais e interpretações que venham a beneficiar o acusado também apresentam perigo ao ordenamento jurídico já que pode gerar instabilidade, tendo em vista que o princípio da reserva legal é uma regra que não tolera exceções. (NUCCI, 2014)

Assim, mesmo com boas intenções, o Supremo Tribunal Federal agiu a margem de regulamentos constitucionais ao equiparar a homofobia ao racismo, porém é inegável sua omissão em relação à proteção aos grupos LGBTQ+. (ALMEIDA, 2020)

3.2 Fundamentos da decisão colegiada

Na realização de votação, ficou entendido pelo colegiado, por 8 votos contra 3, que a homofobia e transfobia se enquadrariam artigo 20 da Lei 7.716/1989, que criminaliza o racismo. (VIAPIANA, 2019)

O julgamento teve início no mês de fevereiro, quando os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, além do relator, Celso de Mello, votaram para igualar os crimes de homofobia ao de racismo, porém foi suspenso em razão do período regimental. O assunto voltou a plenário em 23 de maio, quando Rosa Weber e Luiz Fux também votaram favoravelmente à medida. (VIAPIANA, 2019)

A primeira a votar na sessão foi a ministra Carmen Lúcia, justificando seu voto com a narrativa de que após tantas mortes, ódio e incitação contra homossexuais, não há como desconhecer a inércia do legislador brasileiro e afirmou que tal omissão é inconstitucional. (STF, 2019 online)

A reiteração de atentados decorrentes da homotransfobia revela situação de verdadeira barbárie. Quer-se eliminar o que se parece diferente física, psíquica e sexualmente (STF, 2019 online)

Para a ministra a singularidade de cada ente não dá motivo para se realizar a discriminação.

Em seguida foi ouvido o ministro Ricardo Lewandowski, que reconheceu a indispensabilidade da existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta.

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos

cidadãos que promove a segurança jurídica de todos (STF, 2019 online)

O ministro Gilmar Mendes também concordou com a necessidade de equiparação, seguindo os preceitos de seus companheiros que já aviam votado, em seu voto fez questão de destacar quão necessária a criminalização da homofobia é no Brasil em razão de diversos atos discriminatórios que acompanhamos todos os dias, homicídios, agressões, ameaças. A matéria envolve a proteção constitucional dos direitos fundamentais, das minorias e de liberdades. (STF, 2019 online)

O ministro Marco Aurelio se posicionou contra o mandato de injunção, considerando inadequado o uso deste meio processual na situação. Por um lado, admitiu em parte a ADO. (STF, 2019 online)

Ele considerou que ao se ampliar a lei do racismo em razão de taxatividade dos delitos nela previsto é errôneo. Também fomentou a ideia de que a sinalização do STF para a necessária proteção das minorias, por si só, já contribui para a amenização de preconceitos e discriminação, sempre preservando os limites dos poderes de reserva legal. (STF, 2019 online)

O último a votar foi o presidente Dias Toffoli que concordou com Lewandowski pela procedência parcial dos pedidos. O presidente fez questão de ressaltar que independente dos votos, todos ali repudiam a prática da homofobia, discriminação, ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero. (STF, 2019 online)

Concluindo os votos, ficou decidido por maioria que até que o Congresso Nacional edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/2018 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe. Também foi afirmado que a tese prevê que a repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio. (STF, 2019 online)

Na data de 23 de maio de 2019, fora reaberta a discussão, ocasião em que a

a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux, se pronunciaram no sentido de reconhecer a omissão legislativa e de dar interpretação conforme a Constituição Federal para enquadrar atos de homofobia e de transfobia nos tipos penais previstos na legislação. (STF, 2019 online)

Para Rosa Weber salientou que o direito à própria individualidade e às identidades sexual e de gênero constituem direitos fundamentais dos seres humanos. (STF, 2019 online)

O direito à autodeterminação sexual decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana (STF, 2019 online)

A ministra também afirma que ao não se editar a lei visando o cumprimento de determinação constitucional para punir movimentações discriminatórias o legislativo incorre em omissão inconstitucional. (STF, 2019 online)

Para o ministro Luiz Fux, a inércia do poder legislativo é inequívoca, já que mesmo existindo inúmeros projetos no congresso em busca criminalizar a homofobia, não a continuidade por parte do legislativo. Assim, pela demora, o pronunciamento do judiciário foi necessário. (STF, 2019 online)

O Judiciário não está criando uma norma penal, mas apenas interpretando a legislação infraconstitucional para tratar a homofobia de forma similar ao racismo. O racismo é crime contra seres humanos, qualquer que seja a sua fé ou orientação sexual e, portanto, é imprescritível, é um delito cometido contra um ser de carne e osso, seja ele integrante da comunidade LGBT, judeu ou afrodescendente. Tudo isso é racismo. (STF, 2019 online)

Por fim ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli (presidente). O ministro Celso de Mello, relator da ADO 26, lembrou que não bastava a mera aprovação do projeto em comissão do Senado, ainda que em caráter terminativo, pois é possível que se apresente recurso para sua apreciação em plenário. Disse que, para que a proposta se torne lei e interrompa a mora legislativa, é necessária a análise e a aprovação do PL pela Câmara do Deputados e a posterior sanção pela Presidência da República. (STF, 2019 online)

3.3 Efeitos sociais da decisão

Desde a desclassificação da homossexualidade como doença mental em 1985, pelo Conselho Federal de Medicina, esta decisão foi subsequentemente reafirmada por descobertas adicionais de outras áreas de pesquisa (Scardua e Souza-Filho, 2006).

Com a desclassificação da homossexualidade como doença mental o pavor da sociedade perdeu força, já que entenderam não haver um problema psicológico inerente a homossexualidade. Estudos também demonstraram que a homofobia não era uma doença, mas sim um preconceito. (COSTA e NARDI, 2015)

Em 1999, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) do Brasil, por meio da Resolução nº 001/99, estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação a questão de orientação sexual.

Art. 3. °- os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas, nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. (CFP nº 001/99, março de 1999)

No dia 05 de junho de 2008, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva abriu a primeira Conferência Nacional LGBT, convocada pelo governo federal, afirmando uma aliança de apoio às agendas LGBTTT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros) e anti-homofobia, indicando que entende da necessidade da luta desse movimento já que durante sua vida também vivenciou experiências com a discriminação e violências por sua origem de classe e regional. (FERNANDES, 2012)

Quando se trata de preconceitos, eu o conheço nas minhas entranhas, eu sei o que é preconceito. Talvez seja a doença mais perversa impregnada na cabeça do ser humano. É uma doença que a gente não combate apenas com leis. A Lei ajuda, a Constituição ajuda, montar conselhos ajuda, [...] tudo ajuda, mas é um processo cultural. É um processo que passa por uma revolução cultural de as pessoas irem compreendendo que precisamos nos gostar do jeito que somos,

que não precisamos querer que ninguém seja igual. (Discurso do Presidente Lula na Abertura da I CNLGBT)

Após a equiparação da homofobia como crime de racismo se levantaram várias discussões sobre até onde essa lei alcançaria, os argumentos, em resumo, voltavam-se à restrição à liberdade de expressão a líderes e representantes religiosos. (Burlamaqui, 2020)

Não há como sermos ingênuos e acreditarmos que o direito penal irá resolver todos os problemas de uma vez, porque mesmo com uma lei os casos de homofobia não se extinguem da sociedade, mas ela abre espaço para que as vítimas possam buscar instituições oficiais para registrar o fato e possibilitar que os acontecimentos sejam catalogados com mais facilidade. Para assegurar essa lei o ex deputado Jean Willys propõe medidas alternativas as penas fixadas na lei para quem comete o crime. (Burlamaqui, 2020)

Em relação a liberdade religiosa, o art. 20 da lei 7.716 prevê que “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” é considerado crime. (Burlamaqui, 2020)

Os críticos religiosos então entraram com questões sobre até onde essa lei infringiria a liberdade religiosa, uma vez que manifestações de fé poderiam ser interpretadas como crime de homofobia. Então assim foi explicado.

poderão continuar defendendo que a homossexualidade é “pecado” e que, eventualmente, é conduta que se desvia das suas crenças. Entrementes, a liberdade religiosa não abrange a atribuição à homossexualidade de questões que não estão ligadas à religião, tal como dizer que os homossexuais são pedófilos. É preciso situarmos o que é e quais são os limites da liberdade de expressão e da liberdade religiosa. (SILVA, BAHIA, 2015)

Assim Silva e Bahia deixam claro os limites da fé para que não haja interpretações má formuladas entre a religião e a sociedade. O que foi constatado foi que o respeito à liberdade religiosa não tem como consequência a ausência de proteção aos LGBTQIA+.

A nossa constituição tem como objetivo proteger todo o tipo de liberdade,

tanto religiosa, quanto sexual.

Devem ser protegidas – e são – pela Constituição da República, não havendo, nesse sentido, direito maior ou menor de qualquer dos grupos. Em outras palavras, tanto permite e protege a lei brasileira qualquer expressão homossexual como permite e protege o direito à liberdade de consciência, da qual irradia a liberdade religiosa. (BONFIM, 2011)

O direito à liberdade de expressão, que ampara o direito à liberdade religiosa, apesar de ser amparado no Estado Democrático de Direito, não é absoluto, assim, deve-se vigiar seus abusos, a ofensa ao próximo com o intuito de humilhar, como discurso de ódio, não devem ser toleradas. Nesse sentido, “a liberdade religiosa não deve representar salvo conduto para violações de direitos constitucionais igualmente conferidos aos demais indivíduos.” (BONFIM, 2011)

Em síntese, é necessário entender dois pontos principais. O de que tanto a liberdade religiosa como a não discriminação não só merecem proteção como realmente são protegidas, inclusive constitucionalmente. O segundo é que nenhum direito é superior ao outro, entende-se assim que a liberdade de expressão tem como efeitos democráticos a liberdade de manifestação de crença e de culto porém não deve se sentir no direito de propagar discurso de ódio ou incitação à violência. (Burlamaqui, 2020)

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi dissertado sobre o contexto histórico do racismo, através dos registros históricos aqui abordados. Além de desenvolver uma linha de raciocínio entre a chegada do racismo no Brasil e como se mantém ligada a nossa sociedade até os dias atuais, como também quem se encaixa no crime de racismo. Também analisamos detalhadamente a Lei 7.716 de 1989 onde fixa os atos que se caracterizam como racismo e a mais nova decisão do STF em equiparar a homofobia a racismo, com seus reflexos perante a sociedade.

Inicialmente observou-se o que é o racismo e como ele se mantém no presente cenário que vivemos. Como a escravidão influenciou esse cenário e o que foi feito durante a história para tentar modificá-la.

Em seguida analisamos mais especificamente quem são as vítimas do racismo, sendo elas mais do que apenas a comunidade negra, e como funciona o racismo estrutural, aquele que nasce no preconceito da sociedade e é transmitido para próximas gerações.

O Supremo Tribunal Federal ao equiparar a homofobia ao racismo trouxe muitos comentários sobre o ativismo judicial e suas consequências, já que o STF passou por cima do judiciário já que esse crime não está especificado em lei, assim abordamos o pensamento de estudiosos sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018

ALMEIDA, Aline Vieira. **Equiparação da homofobia ao crime de racismo diante da tendência ao ativismo judicial**, 02 de setembro de 2020

AMORIM, Lucas. **A criminalização da homotransfobia e a vedação a analogia in malam partem**. 02 de setembro de 2020.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira. Fim do tráfico. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 232.

AYRES, Lair. **Preconceito racial contra o negro à luz da Lei nº 7.716/89 - crimes resultantes de preconceito de raça e cor**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4079, 1 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29420>. Acesso em: 26 nov. 2022.

BOEHM, Camila. **Número de mortes violentas de pessoas LGBTI+ subiu 33,3% em um ano**, 12 de maio de 2022

BONFIM, Silvano Andrade do. **Homossexualidade, direito e religião: da pena de morte à união estável. A criminalização da homofobia e seus reflexos na liberdade religiosa**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: RBDC, n. 18, pp. 71-103, jul./dez. 2011.

BRASIL, **Lei nº7.716, de 5 de janeiro de 1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Diário oficial da união, Brasília, DF, 5 de jan. de 1989.

BURLAMAQUI, Bernardo Camargo. **a equiparação da homotransfobia ao racismo: criminalização de conduta por raciocínio jurídico**. 2020. Acessado no dia 21 de nov. 2022. Disponível em; <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Artigo-Criminaliza%C3%A7%C3%A3o-LGBT.pdf>.

CAVALIERI, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHAGAS, Inara. **Racismo: como essa prática é estruturada no brasil**, 06 de abril de 2021.

CONRAD, Robert. **Livro Os Últimos Anos da Escravatura no Brasil**. 1975.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Direito penal na**

Constituição. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, cit., p. 43-44.

FERNANDES, F. **A integração dos negros na sociedade de classes**. 1. ed. São Paulo: Dominus, 1965

FASSON, Karina. **Racismo, infância, desigualdades e educação. 2020**. Link para acessar:<https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2020/Racismo-inf%C3%A2ncia-desigualdades-e-educa%C3%A7%C3%A3o>.

FERNANDES, Felipe Bruno M. **por uma genealogia do conceito homofobia no brasil: da luta política lgbt à um campo de governança**. 2012, p 97–104

FERRARI, Juliana Spinelli. **"o que é homofobia?"; brasil escola**. Disponível em: <https://brasile scola.uol.com.br/psicologia/homofobia.htm>. Acesso em 17 de agosto de 2022.

GOMES, Laurentino - **Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi de Palmares**. Globo Livros, 2019. Rio de Janeiro.

GONÇALVES, R. **Quando a questão racial é o nó da questão social**. Revista Katálysis, Florianópolis, v. 21, p. 514-522, 2018.

HASSELMANN, Gustavo. **Criminalização da homofobia e transfobia - Um louvável caso de ativismo judicial do STF**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/312468/criminalizacao-da-homofobia-e-transfobia-um-louvavel-caso-de-ativismo-judicial-do-stf>.

MARTINS, Sérgio da Silva. **Guia de direitos do brasileiro Afrodescendente. direito e legislação anti-racista**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça / Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001. 18

MARTINS, Sergio Merola. **Ativismo judicial: o que é, histórico e exemplos**. 10 de setembro de 2021. <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>.

MENDES, Maria Manuela. **Raça e racismo: controvérsias e ambiguidades. revista vivência, n. 39**, p. 101-123, 2012.

MERLONE, Nicholas Maciel. **lei federal nº 7.716/89 comentada - define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. 20 de fevereiro de 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal. Parte Geral. 24. ed.** São Paulo: Atlas. 2007.

MOURA, C. **Sociologia do negro brasileiro** São Paulo: Ática, 1988.

MUNANGA, Kabengele. **Superando o racismo na escola**. 1999.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo : Publifolha, 2000. (Grandes

nomes do pensamento brasileiro da Folha de São Paulo).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. 10ª ed.** Rio de Janeiro: Forense. 2014.

NUNES, S. da S. (2006). **Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita.** *Psicologia USP*, 17(1), 89-98.

PORFÍRIO, Francisco. "**Racismo**"; **Brasil Escola.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/racismo.htm>. Acesso em 29 de agosto de 2022.

RODAS, Sergio. **STF equipara injúria racial a crime de racismo, considerando-a imprescritível**, 28 de outubro de 2021

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil.** Salvador, Livraria Progresso, 1957 (1894).

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de preconceito e discriminação.** 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SAVAZZONI, Simone de Alcantara. **Preconceito, racismo e discriminação.** 2015.

SCARDUA, A. & Souza Filho, A. (2006, março). **O debate sobre a homossexualidade mediado por representações sociais: perspectivas homossexuais e heterossexuais.** *Psicologia: reflexão e crítica*, 19(3), 482-490.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. "**nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**", Companhia das Letras

SCHWARCZ, Lilia Moritz, **O que é racismo estrutural? Ainda hoje existe? Somos todos racistas?...** - Veja mais em <https://www.uol.com.br/ecoa/listas/o-que-e-racismo-estrutural.htm?cmpid=copiaecola>, 21 de julho de 2021.

SILVA, Daniel Neves. "**Nazismo**"; **Brasil Escola.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/nazismo.htm>. Acesso em 26 de novembro de 2022.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Da criminalização do racismo: aspectos jurídicos e socio criminológicos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 19

SOUZA, Ângelo A. de. **Breve análise sobre a lei dos crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**, 23 de junho de 2009.

SOUZA, Renata. **Quase 320 pessoas LGBTQI+ morreram por causas violentas no Brasil em 2021, diz entidade**, São Paulo, 17 de maio de 2022.

STF. **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa.** Acesso no dia 27 de outubro de 2022

STF. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Encontrado em

STF. Voto da Ministra Cármen Lúcia. Encontrado em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso no dia 27 de outubro de 2022.

STF. Voto do ministro Ricardo Lewandowski. Encontrado em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>. Acesso no dia 27 de outubro de 2022.

STF. Voto da ministra Rosa Weber. Encontrado em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995>. Acesso no dia 27 de outubro de 2022.

STF. Voto do ministro Fux. Encontrado em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995>. Acesso no dia 27 de outubro de 2022.

STJ. Jurisprudência da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 956.876 RS. Encontrado em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/8889045/inteiro-teor-14001506>. Acesso no dia 28 de outubro de 2022.

SKIDMORE, Thomas. **Uma História do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

TORRES, Ricardo, “**crimes de racismo no brasil – análise da lei nº 7.716/89: hoje!**”, 2020.

VIAPIANA, Tábata. Revista **Consultor Jurídico**, 6 de junho de 2019.

WENDT, Valquiria P. Cirolini. **Os movimentos sociais dos homossexuais e a busca pela criminalização da homofobia: análise desde os dados estatísticos apontados pela mídia**. In: **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede**. Santa Maria, RS, 2015, p. 1-2.